CRÉDITOS SOBRE *I*MPUESTOS CONDONADOS ("TAX SPARING" -CTS) EN LA ALIANZA DE LIBRE COMERCIO PARA LAS AMÉRICAS (ALCA)

WILLIAM R. LIZÁRRAGA UGARTE

Composición de texto, diagramación, montaje e impresión por **PREMIUM GRAF.**
La redacción y post redacción corresponde a su autor.
El interior de esta publicación se ha impreso en papel bond de 75 gr.,
con tinta ecológica negro intenso; la cubierta, en cartulina, foldcote calibre 12°, con tintas ecológicas a todo color y baño de plástico impermeabilizante; y el empaste,

en vulcanización asfáltica con fibra sintética.

Los derechos reservados conforme a ley corresponden
de manera exclusiva a su autor,
William R. Lizárraga Ugarte.

HECHO EL DEPOSITO LEGAL EN LA Biblioteca Nacional del Perú No. 2008-100007.

Fondo Editorial del Colegio de Abogados de Arequipa, 2008.
IMPRESO EN EL PERU

WILLIAM R. LIZÁRRAGA UGARTE

CRÉDITOS SOBRE IMPUESTOS CONDONADOS ("TAX SPARING" -CTS)

EN LA ALIANZA DE LIBRE COMERCIO PARA LAS AMERICAS (ALCA)

AREQUIPA – PERÚ

Sobre el autor

William R. Lizárraga Ugarte es abogado graduado con honores en la Universidad Nacional de San Agustín (Arequipa-Perú, 2000), Master en Derecho Internacional y Comparado (Universidad de lowa, EE.UU., 2004) y Master en Derecho Tributario (Universidad de Florida, Florida, EE.UU., 2005). Se ha desempeñado como Asistente de Investigación en Derecho Internacional del Profe- sor John Carlson (University of Iowa, 2003-2004) y voluntario en el programa VITA (volunteer income tax assitance) patrocinado por el IRS (Univer-sity of Florida, 2005). Es además miembro del "International Law Society" y conciliador extrajudicial (Ministerio de Justicia del Perú y Colegio de Abogados de Arequipa, 2000). Actualmente se desempeña como consultor en el prestigioso estudio jurídico David Singer & Associates (North Miami, Florida. EE.UU.). Escribió artículos y libros, entre ellos: "El Éxito y Tú" (Publiunsa, Arequipa, Perú, 1993; prólogo del ex-Rector de la Unsa Dr. Juan Manuel Guillén

Benavides; anteprólogo del ex-Decano del Colegio de Abogados y ex-Decano de la Facultad de Derecho maestro Dr. Sergio Nieves Núñez (Q.D.E.P.): colofón del ex-Alcalde de Arequipa Prof. Fernando Ramírez Alfaro); "La Tiranía del Derecho. Memorias de un Pasante." (Publiunsa, Arequipa-Perú, 1996. Prólogo del ilustre maestro y constitucionalista argentino Dr. Germán J. Bidart Campos.); "El Cuarto Lado del Triángulo. El Problema de la Causa del Acto o Negocio Jurídico." (Publiunsa, Arequipa-Perú, 2000) y su tesis de 4 volúmenes intitulada "La

Super-Erogatoriedad de la Causa del Acto o Negocio Jurídico en el Derecho Civil Peruano" (Arequipa-Perú, 2000; asesorada por el ilustre maestro y civilista arequipeño Dr. Salvador Vásquez Olivera), que mereciera la calificación de "Felicitación Pública por la calidad de su contenido, brillantez en su exposición y por los antecedentes académicos del autor" quien fuera además "excelencia de su promoción." Es además profesor de inglés especializado en la Universidad de Tarapacá (Arica, Chile, 1997 y 1999), habiendo representado al Perú en el "Camp Rising Sun" (New York, Washington, D.C, 1999) en foros como El Banco Mundial o La Voz de América (VOA), con motivo de una beca otorgada por la empresa "Southern Perú Copper Corporation." Adicionalmente, el autor siempre destacó en el colegio y universidad ocupando el primer lugar, siendo merecedor a becas y premios. El presente trabajo representa la traducción libre del autor de su propia tesis en inglés para su sustentar su grado de Maestro en Derecho Tributario en la Universidad de Florida (Florida, EE.UU., 2005).

Dedicatoria

A mis padres Miguel Ángel y Presy, y a mis hermanos Miguel Ángel y Edgar Frank.

A la juventud arequipeña, peruana y latinoamericana, forjadora de una Latinoamérica unida y próspera.

A todos ellos, toda mi admiración y mi profundo homenaje.

El autor

Miami, Florida, octubre 12 de 2005.
(Aniversario del día del encuentro de dos mundos).

Nota preliminar

A puertas de enviar electrónicamente la traducción al español de mi propia tesis en inglés, creo necesario brindar alguna nota explicatoria al agudo lector. Este trabajo que descansa en sus manos es la versión traducida de mi propia tesis en inglés para sustentar el grado de Máster en Derecho Tributario por la Universidad de Florida (EE.UU., 2005).

Demás está referir que la Universidad de Florida es la segunda universidad en el ranking de los EE.UU. en temas tributarios (aunque lamentablemente no tenga siempre la misma suerte en el *football).*

Estudiar en los EE.UU. es una experiencia altamente interesante, desafiante y difícil. No es lo mismo atender a clases dictadas en el idioma nativo de uno, que en otro idioma completamente diferente. Asimismo, los sistemas de enseñanza del *Derecho Común* (Common Law), son harto distintos a los sistemas de enseñanza del *Civil Law* (aparte de las ínsitas diferencias estructurales de ambos sistemas).

Al leer este trabajo Ud. comprenderá que los artículos y obras citadas en las notas al pie de página permanecen en inglés. He dejado deliberadamente el título original de tales artículos y libros consultados en su idioma natural porque, de ser consultados, su lectura deberá hacerse en el lenguaje original y no en una *inexistente* traducción.

De otra parte, he desarrollado muchas traducciones en mi trayectoria como profesor de inglés. En esta oportunidad he sido mi propio profesor y he traducido mi propia obra. No puedo dejar de ocultar cuán difícil es encontrar el correcto significante en castellano que corresponda al exacto significado encriptado en otro significante en inglés.

En este sentido, he creído útil dejar de traducir ciertos términos y conservarlos en inglés. Por ejemplo, el título de esta obra "Tax Sparing Credits" podría ser traducido como "Créditos sobre Impuestos Condonados." Y yo me pregunto si esto es realmente lo que quiere decir el famoso "tax-sparing". ¿Qué es el tax-sparing?, ¿existe una traducción fidedigna que exprese su real sentido?, ¿qué se intenta expresar con "Tax Sparing Credit?". Básicamente, "tax-sparing credit" es la práctica internacional tributaria que consiste en el reconocimiento de un crédito tributario, por parte de un país más desarrollado, a sus empresas operando en países menos desarrollados, en ocasión de una repatriación de fondos al país

de origen, donde el país anfitrión (país menos desarrollado) otorga incentivos tributarios o "vacaciones tributarias" a esas empresas para que inviertan en sus economías.

Habiendo dicho esto, ¿cómo puede traducirse "Tax-sparing credits"? tal vez como "créditos sobre impuestos condonados?" Digo "impuestos condonados", porque el país menos desarrollado (país anfitrión) *condona o perdona* los impuestos que de otra manera deberían ser pagados por la empresa que opera en el país anfitrión (menos desarrollado). ¿Podría ser esta una traducción exacta? No estoy muy seguro. La práctica internacional acostumbra usar el término "tax-sparing" para referirse a este tipo de situaciones fiscales y yo he preferido conservar este término en inglés, por ser una institución anglosajona y no latina. De todas formas, el lector comprenderá a qué me refiero cuando utilizo tal crédito "tax-sparing" (CTS).

Finalmente, pero no por ello menos importante, es necesario destacar que el método utilizado para estudiar este tema socio-jurídico, es el método trialista del Derecho que estima que el mundo jurídico no sólo está compuesto de normas (mundo *normológico*), sino también de conductas (mundo *sociológico*) y valores (mundo *dikelógico*). Filosóficamente hablando, la negación de la negación dialéctica ha inspirado también nuestra sindéresis. La dialéctica Hegeliana, la dialéctica heracliteana donde nada permanece quieto y donde la

única constante es el cambio ("las cosas son y no son, pero siguen siendo.") La historia ha negado todo positivismo antihistórico y todo determinismo trasnochado. Parménides ya no ilumina más el umbral de la historia.

Además, es importante destacar que este trabajo versa sobre un tema muy actual dentro del Derecho Internacional Tributario y no pretende imponer prácticas foráneas a nuestra realidad nacional. Nada más ajeno a la verdad. Lo único que intenta hacer es tratar de entender cómo se entretejen las relaciones tributarias entre los países más desarrollados y menos desarrollados, para tratar de esbozar un mejor plan de acción en las negociaciones entre los países latinoamericanos con los países más desarrollados en el marco del Alca o de futuras negociaciones.

Si ese objetivo es enteramente entendido después de la atenta lectura de este trabajo, entonces todo mi tiempo y esfuerzo habrán servido de algo. Sin embargo, el objetivo final es seguir trabajando incansablemente en la construcción no sólo de un mundo mejor, sino de una Latinoamérica unida y próspera.

El autor

Índice general

Sobre el autor. Pag. 5

Dedicatoria. Pag. 7

Nota preliminar. Pag. 9

CRÉDITOS SOBRE IMPUESTOS CONDONADOS ("TAX SPARING"-CTS) EN LA ALIANZA DE LIBRE COMERCIO PARA LAS AMERICAS (ALCA). Pag. 15

INTRODUCCIÓN. Pag. 21

1. Globalización y el ALCA: Una impresión. Pag. 25

1.1 Globalización. Pag. 25

1.2 ALCA y el acuerdo ALCA. Pag. 26

1.3 Sistema Neutral de Tributación y Doble Tributación. Pag. 27

2. Definición e Historia del Crédito Tax Sparing (CTS). Pag. 29

2.1 Introducción. Pag. 29

2.2 Definición de Crédito Tax Sparing (CTS). Pag. 29

2.3 Re-definición de Tax Sparing. Pag. 30

2.4 Historia del CTS. Pag. 35

3. CTS en el mundo. Pag. 45

3.1 Tratados sobre Doble Tributación en el Mundo: Una Breve Perspectiva 1. Pag. 45

3.2 Tratados Bilaterales No-Tributarios. Pag. 47

3.3 El CTS y la Inversión Directa Extranjera (IDE). Pag. 48

4. Incentivo Tributario y Coordinación Tributaria a la luz del CTS. Pag. 59

4.1 Incentivo Tributario Definido. Pag. 55

4.2 Abusos y Riesgos. Pag. 56

4.3 Soluciones. Pag. 59

4.4 Lecciones desde Europa. Pag. 60

5. Sistemas Tributarios, Modelos de Tratados Tributarios y Diferentes Posiciones. Pag. 69

5.1 Introducción. Pag. 69

5.2 El Crédito Tributario Extranjero (CTE). Pag. 70

5.3 El Sistema del Crédito Tributario Extranjero vs. Sistema de Exención Tributaria. Pag. 71

5.4 Modelos de Tratados Tributarios. Pag. 76

5.5 Diferentes Posiciones. Pag. 79

6. La Posición de los EE.UU.: Inconsistencias en la Política en contra del Crédito Tax-Sparing. Pag. 93

6.1 La regla del último en el tiempo. Pag. 93

6.2 Los Subsidios Comerciales Ilegales de los EE.UU.: «Domestic International Sales Corporations (DISCs) and Foreign Sales Corporations (FSC)». Pag. 93

6.3 Una Discusión Renovada. Pag. 96

6.4 Argumentos en Contra del CTS (Crédito Tax-Sparing). Pag. 98

6.5 Argumentos contra el CTS. Pag. 101

6.5 Afirmación del Tesoro sobre la Inconsistente Política de los EE.UU. Pag. 113

6.6 El Compromiso de los EE.UU. Pag. 115

7. CRÉDITO TAX-SPARING EN EL ALCA. Pag. 129

7.1 Introducción l. Pag. 129

7.2 La experiencia NAFTA (North America Free Trade Agreement). Pag. 129

7.3 Los Países del Caribe. Pag. 135

7.4 El Grupo Andino (A.G.). Pag. 141

7.5 Experiencia del MERCOSUR (Mercado Común del Sur). Pag. 142

7.6 Tratado Tributario entre Canadá-Argentina: Algunas Lecciones. Pag. 144

7.7 Balance. Pag. 144

CONCLUSIÓN. Pag. 153

APÉNDICES. Pag. 155

CRÉDITOS SOBRE IMPUESTOS CONDONADOS ("TAX SPARING" – CTS) EN LA ALIANZA DE LIBRE COMERCIO PARA LAS AMERICAS (ALCA)

Introducción. 1. – Globalización y el ALCA. 2.- Definición del Crédito sobre Impuestos Condonados ("Tax Sparing"). 3. Créditos Tax Sparing en el mundo. 4. – Incentivos Tributarios: abusos y riesgos. 5.- Créditos "Tax Sparing", Modelos de Tratados Tributarios y Diferentes Posiciones: EE.UU., ONU, Asia. 6. – La Posición de los EE.UU.: un eterno debate. 7.- Créditos "Tax Sparing" en el ALCA. Conclusiones.

"Este trabajo critica muchas perspectivas publicadas, pero el desacuerdo no implica falta de respeto. Al contrario, la dificultad en refutar un argumento solo incrementa el respeto por su proponente".

Charles I. Kingson[1]

[1] Kingson, C. I. (1991). The foreign tax credit and its critics. *American Journal of Tax Policy, 9*, 1–32.

"Latinoamérica ha formado el único frente sobre tax-sparing al acordar no firmar tratados tributarios con los EE.UU. a menos que contengan cláusulas tax-sparing. Desde que eliminar completamente el tax-sparing es improbable, los EE.UU. debería proveer el mismo nivel de tax-sparing así como otros países lo hacen".

Damian Laurey[2]

"En este contexto, estudios de la provisión tax-sparing podría ser interesante. Comparaciones de los EE.UU. que no tiene provisiones sobre tax-sparing (excepto con sus Posesiones) con países europeos y Japón que tienen provisiones tax-sparing con muchos países en desarrollo, podrí ser relevante."

Timothy Goodspeed & Ann Dryden Witte[3]

"Tax sparing, tal vez el más contencioso problema de tratados tributarios... Tax sparing provee un clásico dilema de prisionero en el que solo los Estados Unidos ha elegido perder...

[2] Laurey, D. (2001). Reexamining U.S. tax sparing policy with developing countries: The merits of falling in line with international norms. *Virginia Tax Review, 20*(3), 467-514.

[3] Goodspeed, Thimothy. "Tax Competition, Benefit Taxes and Fiscal Federalism" 579-586, en 584-585, in National Tax Journal Voo. 51, no. 3 (September 1998).

Tax sparing propone una difícil posición política que no ha sido seriamente debatida en el Congreso desde los cincuenta. Mientras que las compañías continúan extendiéndose en el extranjero, y la importancia de la economía global se expande más allá de lo que Stanley Surrey podría haber imaginado, tax sparing es proclive a convertirse en un tema crecientemente importante."

Damian Laurey[4]

"Para Sub-Saharan Africa, sin embargo, no existe ventaja en entrar en ningún tratado con los Estados Unidos sin la incorporación de un acuerdo de excepción... que tienda a una provisión tax sparing. Por ende, la actual política Americana sobre tratados tributarios no acoge los tipos de pedido que el mundo en desarrollo podría prescribir para estimular la inversión... No es probable que los EE.UU. encuentre una base de asociación con los países en desarrollo, especialmente Sub-Saharan Africa, sí no se imple- menta un sistema de excepción que acomode su necesidad de atraer inversión americana."

Karen B, Brown[5]

[4] Laurey, D. (2001). Reexamining U.S. tax sparing policy with developing countries: The merits of falling in line with international norms. *Virginia Tax Review, 20*(3), 467-514

[5] Brown, K. (2001). Missing Africa: Should U.S. international tax rules accommodate investment in developing countries? *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 23*(1), 45-102.

"El esfuerzo del OECD para limitar la competencia tributaria marca una desviación de aceptados principios tributarios internacionales. El criterio sustantivo y las medidas de defensa a ser empleadas en contra de jurisdicciones renuentes a cumplir con las demandas del OECD, ilustra un intento coercitivo en alterar los sistemas tributarios de estas jurisdicciones para alinearse a los intereses unilaterales de las naciones-miembro del OECD. Adicionalmente, la consecuencia total de este esfuerzo es probable que entorpezca el desarrollo de la economía global, como sí los beneficios de la globalización se concentraran en manos de unas pocas naciones y se encuentre lejos de un potencial nivel de posición económica proporcional entre todas las naciones del globo. La expansión de tratados tributarios en esta área es de alta prioridad para el Tesoro."

Alexander Townsend, Jr. [6]

"Bajo el mecanismo tax-sparing... el país de residencia no sólo condona los impuestos que podría haber recauda- do de no existir el crédito, pero también permite un alto nivel de inversión exterior al país anfitrión que lo que ordinariamente podría preferir... Pero si vemos el acuerdo tax-sparing a la luz de

[6] Alexander Townsend, Jr. "The Global Schoolyard Bully: The Organization for Economic Co-Operation and Development's Coercive Efforts to Control Tax Competition", 25 Fordham Int´ I L. J. 215, p. 258.

su alternativa -la solución unilateral-acaso no podríamos concluir que el requerimiento de los países en desarrollo para una mayor inversión es meramente un *quid pro quo* por su voluntad de reducir los im-puestos."

Tsilly Dagan[7]

"El crédito tributario a Puerto Rico y posesiones de la sección 936 del Código Tributario es una provisión tax-sparing que determina el crédito de estas posesiones sin considerar el monto real de impuestos pagados a Puerto Rico y otras posesiones. Como resultado, la sección 936 del Código Tributario preserva todos los incentivos tributarios proveídos por sus posesiones."

Raymond Wacker and Allan Karnes[8]

"Es mi propia visión que hay muchos obstáculos que superar al crear un clima más favorable para los tratados tributarios de los EE.UU. con los países en desarrollo. Aún si los países en desarrollo están deseosos de entrar en acuerdos de intercambio de información, muchos no podrían tener los recursos administrativos para implementarlos... Consecuentemente, la

[7] Tsilly Dagan, "The Tax Treaties Myth", 32 N.Y.U. J. Int ´I L. & Pol. 939, pp. 651 & 994.
[8] Raymond Wacker y Allan Karnes, "Allocation of Controlled Intangible Income Under the I.R.C. § 936 Credit: Effects of Recent Transfer-Pricing Regulations and the Omnibus Budget Reconciliation Act of 1993", 24 Cal. W. int ´I L.J. 159, p. 164.

posición de los EE. UU. sobre tax-sparing es uno de los muchos obstáculos de los EE.UU. en sus tratados tributarios con los países en desarrollo."

Paul R. McDaniel[9]

"Sin un régimen tax-sparing, el beneficio de los incentivos para la inversión en Israel para los inversionistas americanos es reducida debido a la forma en que el crédito tributario foráneo americano opera. Aún más, los incentivos son reducidos debido a la falta de integración entre los impuestos de la compañía y el accionista individual, y por- que un inversionista individual no goza de este crédito tributario foráneo asumido como pagado.

El resultado final es que las rentas son transferidas de Israel a los Estados Unidos sin beneficio al inversionista."

Gordon Empeyh[10]

"La ausencia de créditos tax-sparing significa que las ganancias percibidas a través de incentivos chinos son anulados por los impuestos americanos."

[9] Paul R. McDaniel, "The U.S. Tax Treatment of Foreign Source income Earned in Developing Countries: A Policy Analysis", 35 Geo. Wash. Int ´I L. Rev. 265 (2003), en p. 292.

[10] Gordon Empeyh, "Transnational Taxation of Foreign Investments in Israel", 11 Int 'I Tax & Bus. Law. 116, p. 120.

Jonathan Miller[11]

"Estamos ansiosos de expandir nuestro programa de tratados en Latinoamérica y estamos estimulados por los cambios en los sistemas tributarios en Latinoamérica, la expansión del NAFTA, y la reformulada visión concerniente a la eficacia de ciertas políticas tributarias."

Joseph H. Guttentag[12]

"Después que Jesús y sus discípulos arribaron a Copernaún, los colectores del impuesto de dos dracmas vinieron a Pedro y preguntaron, "Por qué no paga tu maestro el impuesto del templo?"

"Sí, el paga", replicó.

Cuando Pedro entró a la casa, Jesús fue el primero en hablar. "Qué piensas, Simón?" preguntó. "De quién los reyes de la tierra recaudan impuestos, de sus propios hijos o de otros?"

"De otros," respondió Pedro.

"Entonces los hijos estarán exentos," dijo Jesús. "Pero para no ofenderlos, anda al lago y lanza la caña. Toma el primer pez

[11] Jonathan Miller, "An Update on Taxation in China", 1 J. Chinese L. 93, p. 113.
[12] Joseph H. Guttentag. "An Overview of Intonational Tax issues", 50 U. Miami L. Rev. 445, p. 450.

que cojas; abre su boca y encontrarás una moneda de cuatro dracmas. Tómala y dásela a ellos por mi impuesto y el tuyo."

Matt 17. 24-27[13]

"La prueba del propósito de los negocios es una parte necesaria en la prueba de la sustancia económica y podría proveer suficiente protección en contra del abuso mientras se mantiene la competitividad global de los negocios americanos. Las regulaciones promulgadas en la Nota 98- 5, por ende, no deberían alejarse de la prueba del *common law* de la sustancia económica; en particular, la desautorización de los créditos tributarios extranjeros debería seguir sólo cuando el contribuyente no pueda satisfacer el requerimiento del propósito negocial no tributario."

[13] New American Bible Online, BibleGateway.com website, en http:// biblegospelcom.net/cgi-bin/bible?language=english&version=&passage= matthew+17&x=9&y=7.
Para una explicación profunda de este pasaje, ver "The Harper Collins Study Bible" New Revised Standard Version por The Society of Biblical Literature, Harper Collins Publisher, N.Y., 1993, at 1890. Ver también, "The Sons Are Free", Desiring God Ministries website, April 16 2000, en http:// www.desiringgod.org/library/sermons/00/041600.html
[14] Stuart W. Gray, "Controlling Foreign Tax Credit Abuse: The Economic Substance Test", 13 Emory Int´I L. Rev. 729, en 462.

INTRODUCCIÓN

El crédito tax-sparing define la correlación de intereses y necesidades entre países más desarrollados y países menos desarrollados. En un mundo globalizado, los países menos desarrollados (países anfitriones) compiten —entre otros factores- otorgando incentivos tributarios a compañías foráneas. Aquellos tributos condonados pueden ser nulificados si los países de origen (países más desarrollados) no otorgan el crédito tax-sparing en un contexto de tratado tributario bilateral.

La presente circunstancia de formación de la Alianza de Libre Comercio para las Américas (ALCA) trae a nuestra atención el debate del tax-sparing porque hay dos naciones más desarrolla-das (EE.UU. y Canadá) y el resto está compuesto de naciones menos desarrolladas (Latinoamérica y el Caribe, LAC). Por ende, el crédito tax-sparing (CTS) será un aspecto interesante en el proceso de negociación de los tratados tributarios entre Canadá y los EE.UU. con los países Latinoamericanos y el Caribe.

Canadá tiene un sistema de exención que provee un soporte para otorgar el crédito tax-sparing a los países LAC, pero los EE.UU. tiene una obstinada política en contra de los

CTS, que ha impedido el desarrollo de un exitoso tejido de tratados tributarios con las naciones menos desarrolladas en general y con las naciones LAC en particular.

Además, en su propia casa, uno de los socios del tratado NAFTA de los EE.UU., Canadá, brindó un crédito tax-sparing (CTS) a otro de sus socios de tratado, México. Si los Estados Unidos es incapaz de armonizar su sistema tributario en casa, ¿cómo pretende controlar el sistema tributario mundial? Adicionalmente, la política de los EE.UU. en contra del tax-sparing está basada en el respeto a la política de la neutralidad de la exportación de capitales que nunca ha existido. Este libro lo explicará por qué.

De otro lado, los reportes del OECD (Organization for the Economic Co-ordination and Development) son coercitivos y no representan ni el unánime consentimiento de sus miembros ni una visión de los países no miembros. Suiza y Luxemburgo se han abstenido de aprobar el Reporte del OECD sobre Competencia Tributario Dañina. En este sentido, las recomendaciones contenidas en el Reporte del OECD de 1998 sobre Tax Sparing, no representan sino guías de sentido común.

Adicionalmente, los modelos de los EE.UU. y el OECD no reflejan las necesidades de las naciones menos desarrolladas. Afortunadamente, el mundo no sigue los errores de los EE.UU.

Por ejemplo, Canadá, brinda un CTS (crédito Tax-Sparing) a España. y España otorga un CTS a Brazil (bajo recíprocas bases) y Brazil brinda un CTS a Paraguay.

De otra parte, los modelos de la ONU y los países del Asia son más receptivos a los intereses y necesidades de los países en desarrollo en general y a los países Latinoamericanos (LAC) en particular.

Consecuentemente, es consentimiento unánime que el CTS constituye un eficiente mecanismo para promover la Inversión Directa Extranjera en los países en desarrollo en general y en los países Latinoamericanos en particular.

Además, es interesante analizar hasta qué extensión los Estados Unidos y Canadá brindarán CTS a los países menos desarrollados del globo. Certeramente, los EE.UU. no otorgará ningún CTS a los países de Latinoamérica y el Caribe (excepto a las posesiones americanas incluyendo a Puerto Rico, de acuerdo a la sección 936 de su Código Tributario), pero Canadá tiene una política más abierta y receptiva a las necesidades de los países LAC.

A la luz de ello, este libro trata de resolver dos principales problemas bajo disputa. El principal problema es sí el CTS constituye un eficiente mecanismo para promover la Inversión Directa Extranjera en el entorno de los países firmantes del ALCA (básicamente países LAC). El segundo problema se enfoca en determinar si las dos naciones industrializadas que formarán parte del ALCA (EE.UU. y Canadá) otorgarían el crédito tax-sparing a los países Latinoamericanos y el Caribe (LAC); y si los países LAC pueden consecuentemente negociar el CTS con ellos mismos y con otros países no miembros del ALCA como la Comunidad Europea, Japón y los países del Asia.

El criterio o método de análisis para determinar si el sistema del tax-sparing es un eficiente mecanismo para promover la inversión directa extranjera es proveída por los estudios de importantes estudiosos y economistas así como también por las conclusiones propagadas por la OECD, la ONU y otras organizaciones y naciones. Es por eso que no existe una y sola una fórmula de medición, sino múltiples factores, que determinan que el tax-sparing es una eficiente herramienta para motivar la inversión directa extranjera en los países en desarrollo, no sólo en el mundo sino también en los países LAC en particular.

Por esta razón, esta tesis está estructurada en siete secciones que intentan explicar cómo nació el CTS; qué filosofía tiene, qué rumbo ha asumido, cómo el mundo está considerando el CTS, cómo los incentivos tributarios se relacionan con el CTS y demás.

Este libro también tiene siete apéndices. Muchos de ellos son cuadros que reflejan el actual tejido de los tratados tributarios en el globo y el ALCA en particular.

El presente documento *desafía* las concepciones tradicionales del crédito internacional tax-sparing en el mundo y en los países LAC en particular. También desafía la altamente inconsistente política americana sobre tax-sparing con su inexistente sistema de neutralidad en la exportación de capitales, así como los coercitivos reportes OECD y los modelos tributarios autocentralizados de los países industrializados (que no reflejan las necesidades de los países menos desarrollados).

La principal conclusión de este proyecto es que el crédito tax-sparing constituye un mecanismo efectivo y eficiente para promover la Inversión Directa Extranjera (IDE) en los países LAC. Al respecto del problema secundario, los países LAC pueden negociar el CTS con Canadá, entre ellos mismo y con

otras naciones (Comunidad Europea, Japón y otras naciones del Asia).

Finalmente, la visión de los EE.UU. con respecto la política tributaria internacional es altamente inconsistente, especialmente su política en contra del CTS que no representa genuinamente los intereses de las naciones menos desarrolladas. Sin embargo, es altamente improbable que los Estados Unidos pueda organizar un boicot en contra del CTS. Con este resultado, los EE.UU. ha elegido perder.

El autor

1. Globalización y el ALCA: una impresión

1.1. Globalización:

El proceso de globalización ha traído nuevos desafíos a la economía de las naciones. Este fenómeno envuelve las economías no sólo de los países más desarrollados sino también la de los países menos desarrollados. Consecuentemente, todos los grandes bloques comerciales están enfrentando los desafíos del libre mercado y sus implicancias tributarias.

De acuerdo a la Organización para la Co-Operación Económica y el Desarrollo (en inglés «Organisation for Economic Co-Operation and Deve-lopment» OECD)[15], la globalización es un fenómeno ambivalente: tiene un efecto positivo sobre el desenvolvimiento de los sistemas tributarios[16], pero también conlleva un efecto negativo al abrir nuevas vías por medio de las cuales las compañías y los individuos pueden

[15] OECD (Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue», Paris, 1998, p.14. De aquí en adelante "Harmful Tax Competition Report").

[16] La globalización ha sido la fuerza motriz detrás de las reformas tributarias, que se han enfocado en la ampliación de la base fiscal y reducciones de tasas tributarias, minimizan las distorsiones fiscales. Ver "Harmful Tax Competition Report", p.20

minimizar y evitar el pago de impuestos, y donde los países pueden también explotar estas oportunidades.

Aquellas distorsiones tributarias pueden ser percibidas en cada ángulo del globo: la Comunidad Europea lucha contra situaciones de competencia tributaria; los Estados Unidos, con problemas de crédito cruzado; los países menos desarrollados también enfrentan desafíos con los incentivos tributarios y vacaciones tributarias. Por ende, es en el ángulo de interacción entre las naciones más desarrolladas y menos desarrolladas, especialmente en el campo de la negociación de los tratados tributarios, donde el CTS representa el nuevo desafío del mundo que debe ser asumido coordinada e inteligentemente.

1.2 ALCA y el acuerdo ALCA

El acuerdo GATT (General Agreement on Tariffs and Tra-de) de 1994, define un Área de Libre Comercio como "un grupo de dos o más territorios aduaneros en los cuales las obligaciones y otras regulaciones restrictivas de comercio... son eliminadas substancialmente sobre todo comercio, entre los territorios constituyentes, de productos originados en tales territorios."[17]

[17] GATT § XXIV (8) (b): Para el propósito de este Acuerdo: (b) Un área de libre comercio debe ser entendida como un grupo de dos o más territorios aduaneros en los que las obligaciones y otras restricciones comerciales (excepto, cuando sea necesario, aquellas permitidas bajo los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) son eliminadas sobre substancialmente todo comercio

En contraste, la definición de una Unión Aduanera incluye la misma fraseología, pero añade que substancial-mente las mismas responsabilidades y otras regulaciones de comercio son aplicadas por cada uno de los miembros de la unión para comerciar con territorios no incluidos en la unión.[18]

A la luz de estas provisiones, el ALCA no es una unión aduanera porque las partes contratantes tendrán similar tratamiento entre ellos mismo (territorios constituyentes), pero diferente tratamiento respecto a otras partes no contratantes.[19] Esta diferencia es muy importante entenderla porque implica que los países miembros del ALCA pueden negociar mejor los tratados tributarios con países no miembros del ALCA sin eliminar su basamento legal uniforme.[20]

En este contexto, el acuerdo ALCA es el documento que crea formalmente el área de libre comercio entre los territorios constituyentes en el continente americano. Este acuerdo ALCA no está en rigor todavía y está abierto a sugerencias y negociaciones. Se supone que debería haber entrado en vigencia en enero del 2005; sin embargo, el proceso de negociación ha

entre los territorios constitutivos, sobre productos originados en tales territorios.

[18] GATT § XXIV (8) (a) (i) & (ii).

[19] Ejemplos de uniones aduaneras: EE.UU. y la Unión Europea.

[20] Para mayor información, consúltese la página web del ALCA, disponible en http://www.ftaa-alca.org/Summits_e.asp

enfrentado muchos tropiezos. El acuerdo ALCA contempla un área de libre comercio gigante desde Yukón hasta Tierra del Fuego, con 850 millones de gente y un producto doméstico bruto de 13 trillones de dólares, constituyendo la más larga área de libre comercio en el mundo.[21]

En este contexto, el acuerdo ALCA no contempla una explicita provisión que verse sobre solución a la doble tributación internacional, ni tampoco contempla provisiones respecto a problemas como el CTS.[22] Por ende, las conclusiones de esta investigación pueden ser sometidas a las oficinas del ALCA de acuerdo a la tercera invitación abierta extendida en Noviembre 2001 donde las contribuciones siguen siendo todavía aceptadas.[23]

1.3 Sistema neutral de tributación y doble tributación.

Un sistema ideal de tributación tiende a implementar un conjunto de reglas que no promueva ni impida las transacciones comerciales internacionales. El sistema tributario debe permanecer en el telón de fondo de las operaciones. La

[21] Antonio Mendoza. "International Business Planning. Policy and procedure", West Group 2001, p. 38.
[22] Es importante referir que el sistema del crédito tributario global de los EE.UU. puede nulificar incentivos tributarios diseñados para atraer la Inversión Directa Extranjera; sin embargo, los acuerdos tax-sparing pueden mitigar este efecto. Ver Mengsteab Negash, «Investment Laws in Eritrea», 24 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 313, pp. 358-9.
[23] Disponible en http://www.sice.oas.org/FTAA/civsoc/inve3.asp#inv.

doble tributación internacional sucede cuando un estado grava el ingreso ganado por una empresa a determinado margen tributario, y al mismo tiempo, tal ingreso está sujeto a otro margen tributario en el gobierno de origen del contribuyente. Ambos márgenes tributarios interactúan y el contribuyente enfrenta dos sistemas impuestos por ambos países.

Muchos resultados pueden ser encontrados en esta interacción de sistemas tributarios. Ambos países podrían imponer el mismo índice tributario, o el primer país imponer un mayor o menor margen tributario. El principal mecanismo para eliminar la doble tributación internacional es a través del tejido de tratados: Uno de los propósitos del tejido tributario es permitir sistemas tributarios en competencia doméstica a trabajar coordinamente, para aliviar la doble tributación internacional."[24]

[24] Doernberg Richard. «International Taxation In a Nutshell», West Publishing Co. ed, 1989, p.76

2. Definición e Historia del Crédito Tax Sparing (CTS)

2.1 Introducción

Algunos de los países en desarrollo (PD) ofrecen vacaciones tributarias a compañías extranjeras que realizan inversión directa en sus economías. Estas vacaciones tributarias envuelven específico tipo de inversión durante un cierto período de tiempo. CTS son concesiones otorgadas por el país de origen[25] a la luz de un acuerdo tributario bilateral.[26] Estas concesiones permiten al contribuyente acreer un crédito doméstico por el impuesto que el acuerdo tributario considera

25 Ray August. «Tax Sparing and Interaction of Tax Systems. International Business Law: Text, Cases and Reading.» 3ra edición, en http//august1.com/pubs/ibl/gui-de/sgibi13.htm

26 Ver James R. Hines, «Intemational Taxation and National Activity», 2, editado por James R. Hines Jr. Chicago: University of Chicago Press, 2001, en http:// www.people.hbs.edu/mdesai/A12.pdf (Revisión de libros).

haberse pagado en el país anfitrión[27] con la finalidad de evitar que la compañía sea gravada dos veces.[28]

Por ende, el término CTS refiere a la práctica de un país más desarrollado al permitir a sus contribuyentes acreer a un crédito tributario foráneo por el impuesto no pagado realmente en un país menos desarrollado. El propósito detrás de este sistema es permitir a un país en desarrollo ofrecer a las compañías vacaciones tributarias, lo que significa libertad de tributos por un período específico de tiempo como un incentivo para la inversión.

2.2 Definición de Crédito Tax Sparing (CTS)

El CTS es un mecanismo por medio del cual los países en desarrollo reconocen y preservan los beneficios de los incentivos tributarios proveí-dos por los países en desarrollo para estimular la inversión extranjera. «En este caso, mientras más baja sea la tasa tributaria en el país anfitrión,

mayor será el incentivo para atraer Inversión Directa Ex-tranjera.»[29]

27 Ver Richard Doemberg, arriba nota 24 en p. 93

28 «El mecanismo usado por los EE.UU. para aminorar el problema de la doble tributación es el crédito tributario extranjero. A diferencia del sistema de la exención, el crédito tributario extranjero es supuesto a eliminar el incentivo a invertir en países con baja tasa fiscal.» Ver Julie A. Roin, "The Grand Illusion: A Neutral System For The Taxation of international Transactions», 75 Va. L. Rev. 919, p. 925

29 Luiz Villela 8 Alberto Barreix. «Taxation and investment Promotion», Banco Interamericano de Desarrollo, nota preparatoria redactada por el World Bank Global Economic Prospects, 2003, p. 6 disponible en

Por definición, el país en desarrollo ofrece algunos incentivos tributarios para atraer el capital foráneo. Si el inversionista tiene que pagar a su país de origen los impuestos condonados en el país anfitrión, luego ningún beneficio resulta para el inversionista.[30] Ausente tal reconocimiento, el país de origen colectará tales impuestos,[31] lo que significa más beneficios para el tesoro doméstico en vez de beneficiar al inversionista.[32]

2.2.1 Tax Sparing y Crédito Parejo:

El CTS y el crédito parejo son similares por naturaleza. La única diferencia es que en el sistema del tax-sparing, el país desarrollado usa la misma tasa tributaria que la que el país anfitrión pudiera haber usado de estar ausente el incentivo tributario. En el sistema del crédito parejo, el país desarrollado emplea una tasa tributaria mayor para el CTS que la que podría

http://www.iadb.org/int/Trade/1_english/2_WhatWeDo/Documents/d_TaxDocs/2002-2003/j_Taxation%20and%20Investnment%20Promotion.pdf

30 «La teoría es que si este crédito tributario «fantasma» no fuera ofrecido, el incentivo tributario del país en desarrollo sería ampliamente, sino totalmente, nulificado. Deborah Toaze. "Tax Sparing: Good Intentions, Unintended Results», Vol. 49, No. 4 / no 4 CANADIAN TAX JOURNAL (2001). pp. 880-881, disponible en http://www.ctf.ca/pdf/ctjpdf/2001ctj4_toaze.pdf

31 Ray August, arriba nota 25.

32 Para algunos entendidos el tax-sparing es visto como un subsidio sin sentido al subsidio: "el acuerdo es que si Ud. (el país en desarrollo) ofrecerá un incentivo tributario a nuestro MNC para invertir en su país, nosotros (Japón) proveeremos un subsidio tributario a la misma MNC para prevenir que nuestro sistema tributario anule su subsidio tributario. ¿Puede tener esto algún sentido?" Ver Paul R. Mac Daniel, "The U.S. Tax Treatnent..." arriba nota 9, ver pie de página número 64, p. 295. Sin embargo, esta interpretación carece de una lectura justa de la esencia de la filosofía del crédito tax-sparing que dice que es una herramienta diseñada para prevenir la nulificación del incentivo tributario brindado por el país anfitrión: el país anfitrión ofrece el incentivo tributario y el país de residencia reconoce tal incentivo

haber sido usada por el país en desarrollo, si el incentivo no hubiese sido aplicado. Sin embargo, en la práctica esta sutil diferencia no es relevante.[33]

2.3 Re-definición de Tax Sparing

2.3.1 Redefinición de Tax-Sparing:

Aunque el CTS fue diseñado para trabajar como un medio para condonar los incentivos tributarios otorgados por los países en desarrollo a los inversionistas extranjeros que vienen de los países desarrollados; actualmente, la práctica parece ser un poco diferente. CTS no es únicamente proporcionada por países desarrollados a favor de las economías en desarrollo, pero también por países desarrollados o en proceso de desarrollo entre ellos o a favor de algunas economías en transición también, dependiendo del nivel de desarrollo económico del país. Esto significa que la vieja clasificación de un país desarrollado brindando el CTS a un país en desarrollo, ha sido reemplazada por el nivel de desarrollo económico de cada país, independientemente de la tradicional etiqueta ("desarrollado", "en desarrollo"). Por ejemplo, algunos países desarrollados más-desarrollados (tales como Francia, Alemania, Reino Unido, Holanda, Japón) proveen este crédito a países desarrollados

33 Deborah Toaze, arriba nota 30, p. 915.

menos desarrollados (Irlanda, Italia, Korea, España), a veces bajo recíprocas bases (Korea-Alemania).[34]

También "economías en transición" tienen este CTS en sus tratados bajo reciprocas bases, tal es el caso del tratado tributario entre Polonia y República Checa por ejemplo.[35] Los países en desarrollo brindan este crédito también entre ellos mismos, dependiendo del grado de desarrollo económico,[36] y en el específico caso de los miembros del ALCA por ejemplo, algunos países tienen esta estipulación en sus tratados tributarios bilaterales (Canadá-Argentina, por ejemplo).[37]

Finalmente, como conclusión de este proceso, el CTS combina economías y provee influencia directa sobre otros países. Por ejemplo, Canadá (un país desarrollado más desarrollado) ofrece un CTS a España (un país desarrollado menos desarrollado). España ofrece, bajo bases recíprocas, un CTS a Brazil (un país en desarrollo más desarrollado), y Brazil brinda un CTS a Paraguay (un país en desarrollo menos desarrollado).[38]

Consecuentemente, un país que es etiquetado como "desarrollado" puede ser más desarrollado con respecto a

34 Ver Apéndice I.

35 Ver Apéndice I.

36 Ver Apéndice III.

37 Ver Apéndice V.

38 Ver Apéndice I-V.

otro país y menos desarrollado con respecto a otro. Por ejemplo, el citado caso de España, que es tradicionalmente etiquetado como país "desarrollado", puede ser "menos desarrollado" que Canadá (un país desarrollado "más desarrollado") pero menos desarrollado que Brazil (un país en desarrollo "más desarrollado"). La conclusión es clara: la nueva característica es económica en vez de la tradicional.

Por ende, el tax-sparing no es más únicamente una herramienta diseñada por los países ricos desarrollados para ayudar a los países pobres en desarrollo (o un mecanismo diseñado para reconocer los incentivos tributarios, implementados en los países en desarrollo, por los países desarrollados)[39] sino que *es un mecanismo usado por todos los países del mundo*. Es usado por países más desarrollados para ayudarse entre ellos;[40] por economías en transición para negociar con países más y menos desarrollados; y por los países en desarrollo entre ellos mismos también. Consecuentemente, la nueva definición de CTS debe considerar el nivel de desarrollo económico de cada país, en vez de enfocar la atención

39 James R. Hines, «International Taxation...» arriba nota 26, p. 2.

40 La realidad económica desafía las etiquetas políticas: algunos países desarrollados o en desarrollo no son tan desarrollados como su etiqueta dicen que son. Existen múltiples tratados tributarios en la realidad económica global. Por ejemplo, tratados tributarios entre un país desarrollado con otro país desarrollado, donde un país es más desarrollado (como Alemania) y el otro es menos desarrollado (España). Ver Apéndice 1.

en la tradicional clasificación de país "desarrollado/en desarrollo."[41]

2.3.2 Nueva Terminología:

La nueva estructura económica sugiere que el clásico binomio de país desarrollado/en desarrollo es incompleto. El nuevo modelo refiere a países más desarrollados y menos desarrollados ello no significa que los tradicionales países desarrollados o en desarrollo no sean más desarrollados o en desarrollo, sino que el CTS *es una herramienta usada por todas las economías*, independientemente de la tradicional etiqueta (desarrollado-en desarrollo). Por ende, las recomendaciones advertidas por el OECD para los países en desarrollo bregando con esta problemática, debería extenderse también a todos los países que lidian con el CTS en sus tratados tributarios.[42]

Algunos de los países más desarrollados tienen un ingreso por habitante mayor que algunos de los países desarrollados menos-desarrollados (que son realmente

41 Ver Apéndice V.

42 Christopher Heady. «Tax Policy in DCs: When Can Be Learned From OECD Experience?», trabajo preparado para su presentación en el seminario "Taxing Perspectives: A Democratic Approach to Public Finance in DCs´, en el «Institute of Development Studies», University of Sussex,28-29 de Octubre del 2002, Head, Tax Policy and Statistics Division Centre for Tax Policy and Administration, OECD, October 2002, p. 13 disponible en http://www.ids.ac.uk/gdr/cts/activttes/Heady.pdf

miembros del OECD).[43] De la misma manera, la tradicional correspondencia entre miembros OECD y la asunción de que estos países son grandes exportadores de capital, es cuestionada también. Muchos miembros del OECD son importadores de capital (República Checa, Canadá, Hungría, México y Polonia, por ejemplo), y algunos de los países no miembros del OECD son grandes exportadores de capital (Chile, Taipéi, Singapur por ejemplo).[44]

En el mismo sentido, los países de Latinoamérica y el Caribe (LAC) entran en la categoría de países en desarrollo, pero la línea entre país "desarrollado" y "en desarrollo" no es clara. Ahora hay muchas categorías tales como: economías emergentes, países recientemente industrializados, economías dinámicas emergentes, países en transición y demás.[45] Todas estas categorías pueden ser reducidas a dos nuevas categorías propuestas: países más desarrollados y países menos desarrollados porque los niveles de desarrollo económico entre las naciones son confusos, y un país puede ser más desarrollado con respecto a otro país y menos desarrollado con respecto a otro. Por ende, la política del tax-sparing debe considerar estas categorías y diferenciaciones.

43 OECD, «Tax Sparing. A Reconsideration.», OECD, Paris-France, 1998, p. 9 (de aquí en adelante «Tax Sparing Report.»)

44 OECD, «Tax Sparing Report», idem en p. 10.

45 Ver Joseph H. Guttentag, arriba nota 12 en p. 446.

Consecuentemente, la principal razón para otorgar el crédito tax-sparing, que era la necesidad de promover el desarrollo económico en países en desarrollo,[46] ha cambiado. Actualmente, la distinción entre los países desarrollados otorgando el CTS, y el país en desarrollo otorgando el incentivo tributario, es inexacta. La nueva racionalidad política al brindar el CTS, es la necesidad de promover el desarrollo económico en países menos desarrollados (cuando el país que otorga el CTS es más desarrollado que el país que condona el impuesto) y la necesidad de promover el desarrollo económico entre países con el mismo nivel de desarrollo.[47] Por ende, el CTS es un instrumento para promover el desarrollo económico no sólo en países en desarrollo (como el OECD lo sugirió en 1998)[48] sino también en países menos desarrollados independientemente de su sempiterno status tradicional de ser un país etiquetado como desarrollado o en desarrollo.

2.3.3 Tax-Sparing No es Sólo un Concepto de Tratados Tributarios:

El CTS no es sólo un concepto que pueda ser definido dentro de los marcos de los tratados tributarios, sino también dentro de la legislación de algunos países. Por ejemplo, en

46 OECD. "Tax Sparing Report", arriba nota 43, en p. 21.

47 Ver por ejemplo tos tratados entre: Egypt-South África (1997), Sri Lanka-Irán en Apéndice III.

48 OECD, «Tax Sparing Report», arriba nota 43, p. 38.

Alemania, el caso de una subsidiaria extranjera domiciliada en un país menos desarrollado, el crédito iguala la carga tributaria alemana[49] permitiendo a la compañía exceptuar el pago de tributos en Alemania,[50] de acuerdo al KSTG §26 (2).[51]

Adicionalmente, algunos países en desarrollo más desarrollados también han establecido estatutariamente el CTS, corno el caso de South África, bajo la nueva sección 9E (8ª) de la Ley Sudafricana del Impuesto a la Renta.[52]

En el caso de los Estados Unidos, el crédito tributario otorgado a las corporaciones asentadas en sus posesiones, bajo la sección 936 del Código Tributario, a pesar de los diez años de límite de expiración definido en la Ley de Pequeños Negocios de 1996, permite un crédito por los impuestos perdidos en las

49 «Un número de tratados tributarios alemanes proveen a un residente alemán de un tax-sparing o crédito parejo. El principio básico es que el contribuyente alemán podría reclamar un crédito tributario extranjero en exceso de la cantidad realmente afectada.» Ver Klaus Sieker, «Planning tor Intangibles: Issues and Strategies from a German Perspective», American Bar Association, Section of Taxation, 200 May Meeting, Washington, D C.

50 Ver William J. Martin. «Treaty Tax-Sparing Credits», en Tax Management International Journal, Vol 27, No. 9, Sept 11, 1998, nota 18, p. 461

51 Legal Texts online, KStG §26 (2), disponible en http://translene.google.com/translene?hl=en&sI=de&u=http://www.gesetze.2me.net/kstg/kstg0032.htm&prev=/search%3Fq%3DKStG%2B%25C2%25A726%2B(2)%26hl/%3Den%26Ir%3D%26ie%3DUTF-8%26sa%3DG. La provisión tax-sparing bajo la regulación alemana K degreesorpershaftsteuerreformgesetz (KStG) exime a subsidiarias alemanas, operando en países en desarrollo, del impuesto alemán sobre dividendos repatriados. Ver Scott E. Siverson, «Where Tax Disadvantage Looms Large: Interest Expense and the American Corporate Return to South Africa», 6 Pace Int´l L. Rev. 353, en 398

52 Peter Surtees, South Africa Refines Income Tax Treaty with People's Republic of China, Deneys Reitz Inc. Publicado en Worldwide Tax Daily, 22 May o 2001, en http://www.deneysreitz.co.za/news/news.asp?ThisCen=5&ThisItem=79

posesiones americanas a las compañías trabajando en aquellos territorios, como se describe en esta investigación.[53]

Adicionalmente, la nueva sección 965 del Código Tributario (diseñado por la Ley de Creación de Trabajos del 2004),[54] propone una deducción a las corporaciones del 85% de las distribuciones de dividendos de las Compañías Extranjeras Controladas, proveído que ciertas condiciones sean cumplidas. Esto significa que un crédito estatutario de los impuestos condonados por el país anfitrión, en caso de que las compañías estén trabajando en países anfitriones de baja o ninguna tasa tributaria.

El CTS es, por ende, un concepto estatutario también. Es el concepto (CTS) y no los medios (tratados, estatutos) que caracterizan la naturaleza de esta herramienta.

2.4 Historia del CTS

Discusiones acerca de los CTS fueron iniciadas en el Reino Unido en los tempranos cincuenta,[55] y seriamente

53 Los EE.UU. ha adoptado estatutariamente una forma de tax-sparing con respecto a las ganancias ganadas en las posesiones de los EE.UU., incluyendo Puerto Rico y las Islas Vírgenes. Ver David L. Forst «The U.S. International Tax Treatment of Partnerships: A Policy —-Based Approach», 14 Berkeley, J. Int'l L. 239, en p. 247.

54 Ver Lemein, Gregg D. «Taxes», international Tax Wench, Jan 2005, disponible en http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3663/is_200501/ai_n9467911

55 En la Disertación de Mitchell B. Carroll, Consejera para el Comité Fiscal del Consejo de Comercio Nacional en Nueva York, en la Audiencia sostenida en el Comité del Senado para Relaciones Extranjeras, celebrado el 10 de Agosto de 1957, Mr. Carroll sostuvo: «Estoy leyendo del reporte de la Comisión Real de tributación de ganancias e ingreso, el reporte final ofrecido en Junio de 1955, donde se hizo ciertas recomendaciones que han sido incorporadas

contemplado en 1953, pero no pudo tomar efecto hasta fines de los cincuenta.[56] Sin embargo, la primera vez que el CTS apareció en el contexto de los tratados fue en el propuesto artículo XV del tratado tributario entre Pakistán y los EE.UU. en 1957.[57] En tal época el ambiente era propicio para otorgar el CTS,[58] aún el Presidente Eisenhower apoyó tal posición.[59] En el discurso del Presidente sobre la Política Económica Foránea dirigido al Congreso el 10 de Enero de 1955, el Presidente dijo: "Bajo salvaguardias apropiadas, se puede otorgar un crédito por impuestos extranjeros que son condonados por un periodo inicial, como ahora otorgamos crédito por los impuestos que son gravados. Ello podría otorgar máxima eficiencia a leyes

en la ley financiera ahora considerada por el Parlamento Británico y, de acuerdo con la última información, estas provisiones particulares a las que aludo serán adoptadas."

56 William Martin, arriba nota 50 en p. 447.

57 «Párrafo 1 del Artículo XV incluye un principio que no aparece en ninguna convención ahora en efecto. Para estimular la nueva industria y la explotación de los recursos naturales, Pakistán permite una exención a la limitada duración del impuesto y super impuesto por ingresos. Una empresa calificada está exenta de tributación en un porcentaje igual al 5% del capital invertido. La exención está permitida sólo durante los cinco primeros años de operación. Si la empresa es conducida en la forma de una compañía, los socios son similarmente acreedores a una exención con respecto a los dividendos pagados de las ganancias exentas. Bajo leyes existentes, el beneficio fiscal proveído por la ley de Pakistán, es permitido para la firma Americana, ya que el impuesto Americano es incrementado conmensuradamente. Para ayudar a dar efecto a los mecanismos adoptados por Pakistán para promover la inversión, el artículo trata el monto por el cual el impuesto y super impuesto es reducido, por razón de la exención referida arriba, como si fuera pagado por ende, y disponible como un crédito tributario extranjero bajo la sección 901 (a) del Código Tributario." U.S. Treaty Legislative History, Tax Analysts, Tax Notes International, 87 TNI 53-114

58 Ver la carta escrita por Mr. Willina S. Swingle, Presidente del Consejo Nacional de Comercio Internacional en N.Y., dirigida a Mr. Theodore Francis Green, Presidente del Comité del Senado sobre Relaciones Exteriores, julio 26, 1957, en 87 TNI 53-119.

59 Ver la carta escrita por Mr. William B. Macomber, Secretario Asistente, al Presidente del Comité de Relaciones Exteriores, Mr. Francis Green, Enero 9, 1958, en Tax Analysts, Tax Notes International, 87 TNI 53-126

tributarlas extranjeras que son diseñadas para estimular nuevas compañías."[60]

El Tesoro americano intentó otorgar el CTS no sólo a Pakistán sino también a otros países a mediados de los cincuenta y sesenta.[61] La propuesta convención tributaria con Pakistán fue firmada por los estados contratantes en Julio 1ro de 1957, y sometida al Senado para su ratificación en Julio 12 de 1957, antes que las otras tres convenciones.[62]

Algunas audiencias ante el Comité de Relaciones Exteriores del Senado fueron sostenidas y el Comité del Senado no pareció oponerse a tal concepto[63] hasta escuchar el testimonio del Profesor de Leyes de la Universidad de Harvard Mr. Stanley

60 William Martin, arriba nota 50, p. 450.

61 La provisión tax-sparing fue rechazada en los tratados tributarios con India (1959), Israel (1960), Egipto (1960), Tailandia (1965), Brazil (1967), Trinidad/Tobago (1970) y la República Árabe Unida. Ver Damian Laurey, 20 Va. Tax Rev. 467, notas 29 and 44 en p. 497.

62 William Martin, arriba nota 50.

63 Además, el Comité del Senado para Relaciones Exteriores pareció tener un espíritu de apertura y coordinación con el Comité de Finanzas. Ver la correspondencia entre el Comité del Senado sobre Relaciones Exteriores y el Senado, en "U.S. Treaty Legislative History" en 87 TNI 53-120. Adicionalmente el Presidente del Comité de Finanzas del Senado de los EE.UU. Mr. Harry F. Byrd envió una carta dirigida a Mr. Francis Green, Presidente del Comité del Senado sobre Relaciones Exteriores, sosteniendo: «Referí este asunto del Comité Conjunto, del que soy su Presidente, y he sido informado por el organismo que esta provisión es limitada en su aplicación, y que es una pequeña parte de muchas provisiones en la convención tributaria, y fue ofrecida como una concesión a Pakistán en retorno por otras concesiones ofrecidas por Pakistán a los Estados Unidos... El organismo después me informó que el efecto en la recaudación americana no sería considerable. En vista de esto y las concesiones hechas a los Estados Unidos en esta convención, el organismo me ha informado que no cree la aprobación de esta convención debería ser retenida por esta provisión... No creo que esta provisión, aplicada a Pakistán, es objetable desde el punto de vista de las leyes tributarias de los EE.UU." Ver U.S. Treaty Legislativo History, 87 TNI 53-123

S. Surrey quien propuso muchos argumentos en contra de tal provisión.

Algunos argumentos esgrimidos por el Prof. Stanley S. Surrey son los siguientes: el CTS permitirá a los Ministros Extranjeros manejar las tasas tributarias americanas;[64] los problemas del CTS no deberían ser resueltos por tratado, sino por legislación;[65] y que esta convención va más allá de evitar la doble tributación;[66] entre otros argumentos.

Como puede verse, el antagonismo del Prof. Surrey al CTS fue dirigido más a la filosofía general del CTS que al caso particular del CTS en Pakistán. Adicionalmente, es interesante

64 Surrey pensó luego «si tal propuesto fuere adoptada y expandida a otros países, luego los resultados serían que los EE.UU. tendría una tasa fiscal aplicable para las corporaciones Americanas invirtiendo en Pakistán; otra tasa para las corporaciones Americanas en el país X y otra en el país Y, y así consecutivamente. La tasa de los EE.UU. podría ser establecida por el Ministro de Finanzas de cada país extranjero, a la luz de la política doméstica del país.» Sin embargo, aquel argumento es solo formalista desde que, en un mundo globalizado, las tasas tributarias, incentivos tributarios y otros parámetros comerciales son establecidos en una manera negociada bilateral y multilateralmente. Ver carta del Prof. Stanley S. Surrey dirigida al Comité de Relaciones Exteriores del Senado en agosto 1, 1957, 1957, 87-TNI 53-130

65 «Es significativo —aseveró Surrey que Gran Bretaña, que primero sugirió una provisión tax-sparing para los tratados en 1953, procedió a rechazarlo en 1957 y no concluyó ningún otro tipo de tratado de este tipo. En breve, el problema básico del tratamiento del ingreso extranjero debería ser resuelto por la legislación y no por el tratado.» Ver la Disertación de Stanley S. Surrey ante el Comité de Asuntos y Medidas, Casa de Representantes, relacionada a la Tributación sobre Ingreso Extranjero, en Enero 2, 1958, en Tax Analysts, Tax Notes International, 87 TNI 53-129. Ver Apéndice 1 y ll, para verificar cómo la historia del Reino Unido ha contradicho la incorrecta aserción del Prof. Prof. Surrey.

66 «El propuesto tratado contiene una convención para «evitar la doble tributación y la prevención de la evasión fiscal.» Este obviamente no es el mejor título, ya que el tratado va más allá de evitar doble tributación. Bajo ciertas circunstancias, el tratado elimina toda tributación sobre el ingreso en Pakistán, doble o singular. Bajo otras circunstancias, el tratado reduce el monto combinado de tributos; pagado bajo las tasas regulares de los EE.UU.» Disertación del Prof. Stanley Surrey, en la audiencia del Comité de Relaciones Exteriores del Senado de los EE UU. Agosto 9, 1957, en 87 TNI 53-116. Sin embargo, lo que el CTS hace es reconocer el incentivo tributario ya otorgado por el país anfitrión, en el que el tratado tributario sólo refleja tal hecho.

notar que el incentivo tributario de Pakistán no trae un sonado concepto tributario, pero sí una inefectiva medida que nadie entendió en plenitud. El reporte de la Comisión en Tributación enfatizó: "La principal razón de la inefectividad de la Sección 15C es el otorgamiento de una inicial y adicional depreciación que, junto a la depreciación normal, hace cerca de 80 a 85% del costo de activos fijos en la forma de planta y maquinaria dentro de los cinco prime-ros años de vida. Como estas depreciaciones tienen que ser deducidas primero antes de computar las ganancias por los impuestos a la renta, ha sido difícil para cualquier número apreciable de nuevas situaciones para reclamar los beneficios conferidos bajo la sección 15C."[67]

En consecuencia, muchas preguntas quedan sin respuesta, tales como: ¿por qué el Tesoro de los Estados Unidos escogió un ineficiente incentivo tributario pakistaní para lanzar su programa de CTS? y por qué el gobierno de Pakistán estuvo deseoso de negociar tal insubstancial "quid pro quo" en el tratado propuesto?[68] Aquellas preguntas constituyen un enigma.

Si aquellas preguntas misteriosas fueran colocadas en el teatro de las audiencias del Comité de Relaciones Exteriores

67 Reporte de la Comisión de Tributación, 1953-54, Vol. II, p. 100, 101, reproducido por Menthew J. Kust, "Pakistán Tax Treaty", 87 TNI 53-132 en pie de página número 14.

68 Menthew J. Kust, idem.

del Senado, el resultado sería desastroso. Hubo dos principales audiencias sostenidas por tal comité, una el 30 de Julio de 1957 y la otra el 9 de agosto de 1957. El tratado fue firmado el 1ro de Julio de 1957 y entró en vigor el 21 de mayo de 1959. Particularmente durante la audiencia sostenida el 9 de agosto de 1957, el Prof. Surrey mostró poco interés por las razones políticas detrás del CTS, carencia de alternativas al CTS e ignorancia acerca del real y especifico impacto de la exención tributaria pakistaní.[69]

Adicionalmente, la exención tributaria pakistaní no representó mucha pérdida de renta para el gobierno americano: "ha habido mucho movimiento acerca de tan poco."[70] Durante

69 Ver la audiencia del Comité de Relaciones Exteriores del Senado, en Agosto 9, 1957, en Tax Analysts, Tax Notes international, 87 TNI 53-116:

«Senador SMITH: Mr. Surrey... está Ud. familiarizado con los estudios hechos por el Comité Especial para el estudio del programa de ayuda extranjera?

Mr. SURREY: Senador, de una manera general. Soy un hombre tributarista... Senador SMITH: ¿Quizás tenga Ud. otra fórmula para inducir a que los negocios inviertan en Pakistán?

Mr. SURREY: Podría indicar que ésta es una manera particularmente incorrecta de tomar este tema.

Senador SMITH: ¿Tiene Ud. una alternativa?... ¿Qué sugiere deberíamos hacer en vez de este plan?

Mr. SURREY: Esa, por supuesto, es una mayor interrogante.

Senador SMITH: ¿Deberíamos subsidiar estos países?

Mr. SURREY: NO, pienso que no...

Senador HUMPHREY: quiénes son los beneficiarios en interés bajo la convención propuesta; ¿tiene Ud. alguna idea?

Mr. SURREY: Esa es una pregunta muy difícil de responder, Senador. Cualquier corporación americana que podría tener inversiones en Pakistán, tendrá su impuesto americano reducido, podría tener su tasa americana reducida por este tratado. No estoy directamente familiarizado con qué corporaciones americanas están o no invirtiendo en Pakistán."

70 Declaración de Mitchell B. Carroll, arriba nota 55: «Asumamos que su inversión en Pakistán es un millón de dólares y su retorno sobre ello es $ 200,000. Todo lo que está consiguiendo bajo este tratado es lo proveído por la sección 15B, exención del ingreso por impuestos y super impuestos, ingreso igual al 5% de su inversión. En este caso 5% podría significar solamente $50,000. Por ende, esto significa que su ingreso de $200,000 podría ser reducido a $150,000; y

el tiempo que la consideración del Senado del propuesto CTS en el tratado tributario EE.UU.-Pakistán, el estatuto pakistaní proveyendo el incentivo tributario expiró, de modo que la cuestión del CTS quedó sin resolver. Además, el asunto del CTS llegó a ser discutible porque, antes que el tratado fuera ratificado, la ley pakistaní fue cambiada y la provisión pakistaní de renuncia de impuesto expiró.[71] El Comité de Relaciones Exteriores recomendó que el Senado dé su consentimiento al

sin ir a todas las computaciones, Ud. encuentra que los impuestos en los EE.UU. podría ser $104,000, luego el crédito por los impuestos pagado en Pakistán—e incidentalmente el efecto total de la tasa fiscal es 64 por ciento, más alta que la tasa de los EE.UU., detrás de este permiso, los impuestos pagados en Pakistán podrían ser $98,000 y sin el tratado Ud. podría estar pagando $6,000 a los EE.UU. Ahora, este tratado significa que el particular ejemplo, los EE.UU. renuncia $6,000...Senador WILEY: Estoy preparado como Senador para votar por aquella clase de concesión. De un lado, tengo la sensación que esta convención estuvo abierta para el abuso y que ahora, tengo la sensación de que, bueno, realmente no añade mucho, y si ése fuere el caso, no brinda mucha ayuda al respecto.

Mr. CAROLL: Es beneficioso por que hace la situación no tan mala como estaba antes...

Senador WILEY: Ya veo, prosiga.

71 Ver Tax Notas internacional, 86 TNI 32-54.

tratado con una reserva en el artículo XV del tratado[72] que entró en vigor el 21 de Mayo de 1959, sin la provisión tax-sparing.[73]

Adicionalmente, el Comité del Senado sobre Relaciones Exteriores, en su reporte sobre la convención con Pakistán, no cerró ninguna futura consideración sobre el asunto del tax-sparing.[74] Sin embargo, una errónea creencia prevaleció en el

72 Article XV (1): "Para los propósitos de este crédito, se deberá asumir como pagados por una corporación Americana, una cantidad por la cual tales impuestos de Pakistán (diferentes de los impuestos a las ganancias) han sido reducidos bajo las provisiones de la sección 15B de la Ley de Impuestos de 1922 (XI de 1922) como está en efecto día de la firma de la presente Convención: Proveído, que cualquier extensión hecha por ley del período dentro del cual un negocio industrial puede ser establecido o iniciando a obtener la reducción proveída en la sección 15B, deberá ser tenida en efecto al día de la firma de la presente convención." Tratado Tributa no ente EE.UU.-Pakistán, 1957 (publicado el 1ro de Julio de 1957; efectivo Mayo 21, 1959/Enero 1ro, 1959), bajo la siguiente aclaración escrita por el Presidente Eisenhower: «Y donde el Senado de los Estados Unidos de América por su resolución del 9 de Julio de 1958, dos terceros de los senadores presentes concurrieron, aconsejaron y consintieron a la ratificación de la mencionada convención» sujeto a la reservación, que deberá ser acordada por los otros países contratantes antes de que las ratificaciones sean intercambiadas, que la segunda oración del párrafo 1 del Artículo XV no deberá ser ratificada»; y donde el texto de la mencionada reservación fue comunicada por el Gobierno de los Estados Unidos de América al Gobierno de Pakistán y fue acordada por el Gobierno de Pakistán." Ver Treaties & International Agreements, Lexis Nexis Database.

73 Convención firmada en Washington, Julio 1ro, 1957; ratificación aconsejada por el Senado de los Estados Unidos de América, con una reservación, Julio 9, 1958, ratificada por el presidente de los Estados Unidos de América, sujeto a mencionada reservación, noviembre 6, 1958; ratificada por Pakistán en mayo 2, 1959; proclamada por el presidente de los Estados Unidos de América en mayo 28, 1959; vigente a partir del 21 de mayo de 1959. Ver Tax Notes International, 86 TNI 32-54.

74 "Es anticipado que el deseo de brindar crédito por ciertos impuestos condonados como un incentivo para el desarrollo económico, debe ser explorado en el contexto de muchas negociaciones de tratados tributarios, especialmente aquellos países en desarrollo... La provisión tax-sparing tendrá que ser analizada cuidadosamente en el contexto de cada negociación de los tratados. En cada caso, serán sometidos al Senado con un detallado análisis de las leyes específicas reconocidas para este incentivo y del efecto de la propuesta exención de los impuestos americanos." Texto de la carta de enero 9, 1958 del Departamento de Estado que respondió a las preguntas acerca del tratado por el Comité de Relaciones Exteriores del Senado. Ver U.S. Treaty Legislative History, en Tax Notes International, 87 TNI 53-126.

sentido de que el Senado se opuso al CTS, creencia afiatada con los argumentos del Prof. Surrey.[75]

Los tratados con India, Israel y la República Árabe Uni- da fueron dilatados y finalmente retirados de la consideración del Senado en 1964, después que el Prof. Surrey se convirtió en Secretario Asistente para la Política Tributaria del Departamento del Tesoro en los sesenta. Desde esa fecha, ninguna provisión CTS ha sido incluida en ningún tratado celebrado por los EE.UU.[76]

75 En una carta datada el 7 de agosto de 1958, el Profesor Stanley S. Surrey escribió al Comité de Relaciones Exteriores del Senado: "Acabo de retomar de un viaje de dos meses a Venezuela y noté que el tratado tributario con Pakistán fue aprobado con una reservación en la provisión tax-sparing. También he notado los comentarios en el reporte del Comité. Con todo esto, hay una conclusión razonable para el episodio de Pakistán. Espero que el Departamento del Tesoro no los haga batallar con un problema sobre el tax-sparing de nuevo.» Ver "U.S, Treaty Legislative History" en 87 TNI 53-133. En una carta datada el 26 de Mayo de 1958, el Prof. Surrey escribió al Senador James W. Fulbright: «Mientras estaba en Washington la semana pasada, intenté verlo para discutir el tratado tributario pendiente con Pakistán. Sin embargo, Ud. estaba comprometido con tos asuntos del Comité de Relaciones Exteriores. He hablado múltiples veces con Mr. Lee Williams y él fue muy colaborador. El indicó que Ud. estaba familiarizado con mi testimonio en oposición a este tratado, en las audiencias sostenidas en agosto de 1957. Yo añadiría que a partir de aquella audiencia he brindado considerable consideración y estudio a este asunto. He testificado sobre este asunto en mi intervención ante el Comité de Asuntos y Mecanismos de la Casa del Senado... el resultado de mi trabajo me deja aún más firmemente convencido que la cláusula tax-sparing es fundamentalmente inapropiada y no debería ser aprobada por el Comité... He hablado con un número de economistas familiarizados con las condiciones en Pakistán y entiendo que ningún incremento en la inversión extranjera en Pakistán puede ser esperada de resultar del tratado." Ver Tax Notas International, 87 TNI 53-128.

76 William Martin, arriba nota 50 en p. 451.

3. CTS en el mundo:

3.1 Tratados sobre Doble Tributación en el Mundo: Una Breve Perspectiva[77]

Hay muchas figuras importantes en el universo de los tratados sobre doble tributación (DTTs)[78] como:

Primero, mientras que los diez primeros países con el más alto número de tratados de inversión bilateral (bilateral investment treaties BITs) incluyen dos países en desarrollo (China y la República de Korea) y dos economías en transición (Rumanía y Polonia), *todos* los diez primeros países con el más alto número de DTTs firmados, son países desarrollados. Adicionalmente, los países más prolíficos que concluyen DTTs en los noventa han sido las economías en transición. Los líderes son Polonia y Hungría, con 59 y 33 tratados respectivamente. De las economías en transición en Central Asia, Kazakstán lidera con 17 tratados. La región también tiene el segundo número más

[77] UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development). World Investment Report, 1998, 84-85, en http://www.unctad.org/en/docs//wir98_en.pdt
[78] Ver figuras III.3, III.4 and III.8, más abajo.

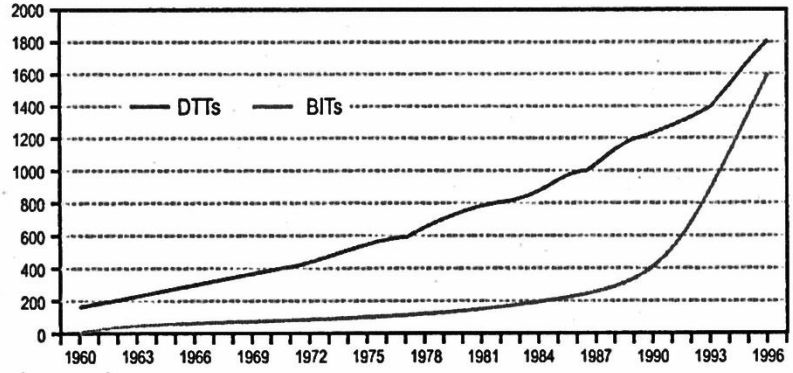
alto de DTTs por país y el tercer número más alto de DTTs intrarregionales.

Además, 35 países africanos han firmado un total de 247 DTTs, de estos, sólo 26 son con otros países africanos. El número promedio de DTTs por país creció rápidamente en North África en los setenta y ochenta, siendo la mayor parte del crecimiento atribuible a Egipto, Marruecos y Tunicia. Países en Asia y el Pacifico intensificaron su actividad DTT en los ochenta. Durante los sesenta firmaron solo 29 tratados y luego tuvieron un número bajo de tratados por país en la región. Desde allí, 43 países han firmado un total de 560 tratados. Parte del crecimiento en este número incluye un substancial incremento en el número de DTTs concluido dentro de la región. No sorprendentemente, los más activos en la región fueron los países del Este del Asia.

Países LAC han firmado un total de 218 tratados, pero sólo 9 de ellos son dentro de la región. Argentina y Brazil lideran la región con 27 y 21 tratados respectivamente. Esta región tiene uno de los números más bajos de DTTS por país. En contraste, los EE.UU. ha firmado 154 DTTs, el más alto número en el mundo en desarrollo, seguido por Reino Unido con 148 tratados. Abajo veremos unos cuadros publicados por el UNCTAD, como lo refiere el pie de página número 77).

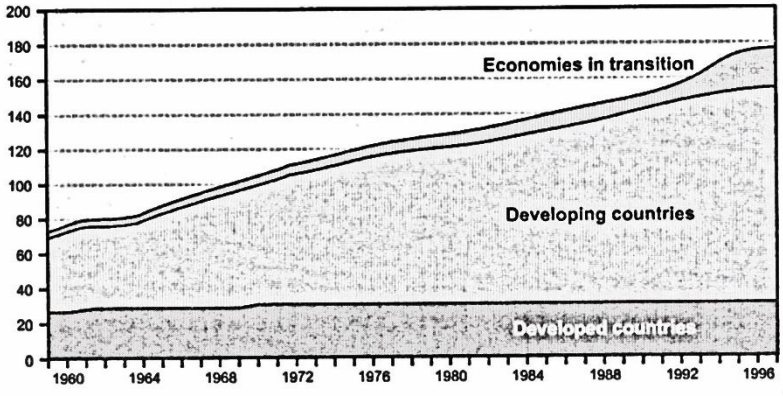
El número de DTTs y BTTs celebrados en el mundo está incrementándose actualmente debido a la globalización económica, y la presencia de los tradicionalmente etiquetados «países en desarrollo» también.

Figure III.3.
Cumulative number of DTTs and BITs, 1960-1970



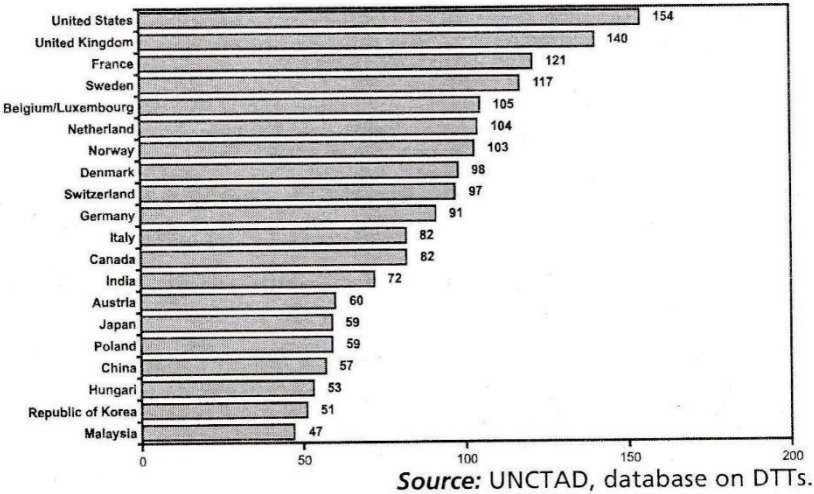
Source: UNCTAD, database on BITs and database on DTTs.

Figure III.4.
Number of countries and territories with DTTs, 1960-1997



Source: UNCTAD, database on DTTs.

Figure III.6. Number of DTTs concluded: top 20, 1997



Source: UNCTAD, database on DTTs.

3.2 Tratados Bilaterales No-Tributarios

3.2.1 Los EE.UU., ALCA y el GATT: un caso hipotético

Los EE.UU. tiene catorce acuerdos de intercambio de información con países de baja o ninguna tributación en LAC.[79] El objetivo es desalentar la evasión fiscal; sin embargo, hay sólo dos tratados tributarios entre los EE.UU. y LAC (con México y Venezuela).[80] Es sabido que la política americana es contraria al CTS, pero en el hipotético, aunque no improbable, caso que los EE.UU. otorgue CTS a un país miembro del ALCA, es probable que otros países no miembros del ALCA puedan desafiar ese trato diferente a sus compañías dentro de los territorios del ALCA, bajo la Regla del Trato Nacional del GATT.[81] Sin embargo, en tal caso, el mismo GATT permitirá

[79] Emest R. Larkins, "International Applications of U.S. Income Tax Law", John Wiley & Sons, Inc., N.J., 2004 en p. 24.
[80] Ver Lexis Nexis Tax Treaty Database.
[81] GENT § lll: 4: Los productos del territorio de cualquier país contratante importados al territorio de cualquier otro país contratante deberá tener un tratamiento no menos favorable que aquel acordado a similares productos de origen nacional, con respecto a todas las leyes, regulaciones y requerimientos afectando su venta interna, ofrecidos para su venta, compra, transportación, distribución o uso. La provisión de este párrafo no deberá prevenir la aplicación de cargos por transportación internos, que son basados exclusivamente en la operación económica de los medios de transporte y no en la nacionalidad del producto.

una excepción (hasta de 10 años)[82] a la Regla del Trato Nacional debido a la implementación de un área de libre comercio.[83]

Bajo tales circunstancias, aún sí los EE.UU. negara la introducción de la provisión CTS en un eventual tratado tributario con los países del ALCA, o aún después de que el acuerdo se halla implementado, los países LAC podrían tener la libertad de celebrar tratados tributarios con otros países más desarrollados, no necesariamente miembros del ALCA, a la luz de las secciones XXIV (5) (b) & (c) del GATT de 1994.

---

[82] UNDERSTANDING ON THE INTERPRETATION OF ARTICLE XXIV OF THE GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE 1994: (3) El «periodo razonable de tiempo» referido en el párrafo 5 (c) del artículo XXIV deberá exceder 10 años sólo en casos excepcionales. En casos donde las partes miembros de un acuerdo interino crean que 10 años será insuficiente, deberán proveer una explicación amplia al Concejo para el Comercio de Bienes, de la necesidad de un más largo periodo.

[83] GENT § XXIV: 5. De acuerdo con ello, la provisión de este acuerdo no deberá prevenir, entre los territorios de las partes contratantes, la formación de una unión aduanera o un área de libre comercio, o la adopción de un acuerdo interino necesario para la formación de una unión aduanera o un área de libre comercio: proveído que: b) con respecto al área de libre comercio, o un acuerdo interino encaminado a la formación de un área de libre comercio, las responsabilidades y otras regulaciones de comercio mantenidas en cada uno de los territorios constituyentes y aplicables en la formación de tal área de libre comercio o la adopción de tal acuerdo interino al comercio de las partes contratantes no incluidas en tal área o no partes en tal acuerdo, no deberá ser más grande a más restrictivo que las obligaciones correspondientes y otras regulaciones de comercio existentes en los mismos territorios constituyentes antes de la formación del área de libre comercio, o del acuerdo interino, como el caso sea; y cualquier acuerdo interino referido en los subpárrafos (a) y (b) deberá incluir un plan de la formación de tal unión aduanera o tal área de libre comercio dentro de un período razonable de tiempo.

3.3 El CTS y la Inversión Directa Extranjera (IDE)

3.3.1 Caso de Japón vs. EE.UU.: el CTS efectivamente impulsa la IDE.

El CTS influye el nivel y ubicación del IDE y el deseo de los gobiernos extranjeros de ofrecer concesiones tributarias. El Prof. Hines[84] ha demostrado que el volumen de IDE japonés ubicado en países con los cuales Japón tiene provisiones tax-sparing es 1.4-2.4 veces más grande que lo que sería de otra forma.

Firmas japonesas gozan de mayores reducciones tributarias proporcionadas por países anfitriones (con los cuales Japón tiene tratados tributarios con provisiones tax-sparing) que las empresas americanas. Los acuerdos tax-sparing son asociados con un nivel de 140%-240% mayor de IDE y 23% de tasas tributarias.[85]

De otro lado, el Senado de los EE.UU., como es bien conocido, ha considerado por más de 40 años que la provisión CTS no es de interés de la política americana. “En la práctica, esta decisión parece ser parcialmente responsable por los niveles

[84] James Rodger Hines, “Tax Sparing and Direct Investment in DCs” (Setiembre de 1998). NBER (National Bureau of Economic Research) Working Paper No. W6728, “(abstract) disponible en http://papers.nber.org/papers/W6728.pdf

[85] James Rodger Hines, “Tax Sparing”, Idem, p. 3.

relativamente modestos de inversión americana en los países en desarrollo."[86]

Los EE.UU. no ha considerado seriamente que el CTS es "efectivo en la estimulación de inversión extranjera. Firmas japonesas ubican una fracción mayor de su inversión extranjera en países con los que Japón tiene acuerdos "tax-sparing" que las firmas americanas. Además, gobiernos anfitriones ofrecen a las empresas japonesas significativas reducciones tributarias que no son disponibles para las contrapartes americanas."[87]

Esta política americana en contra del CTS ha provocado una reducción significativa en la productividad del mundo económico "y el bienestar de los americanos."[88] Esto no ocurre con otros países exportadores de capitales (tales como Alemania, Francia, Canadá y los Países Bajos) que eximen la mayor parte del ingreso extranjero por negocios de sus compañías residentes[89] y algunos otros países (incluyendo Italia.

---

[86] James Rodger Hines, "Tax Sparing", idem, p. 29.
[87] James Rodger Hines Jr., "Testimony before the Senate Finance Committee", 5, United States Senate, Washington, DC, July 15, 2003, en http://www.Senate.gov/finance/hearings/testimony/2003test/071503JHines.pdf
[88] James Rodger Hines Jr., "Testimony", arriba nota 87 en p. 2.
[89] Para un análisis comparativo entre el sistema de la exención, sistema de crédito tributario y el crédito tax-sparing en los EE.UU., ver Reuven S. Avi-Yonah, "The Structure of International Taxation: A Proposal For Simplification", 74 Tex. L. Rev. 1301, en 1335-6

Japón, Noruega y el Reino Unido) que no imponen un sistema tributario extranjero rígido como lo hace los EE.UU.[90]

3.3.2 El Caso de Australia: un Contra-argumento:

Australia ha celebrado muchos tratados tributarios[91] con países desarrollados y en desarrollo. El CTS fue parte de su modelo de tratados tributarios[92] para los incentivos a la inversión proporcionados por los países en desarrollo. Sin embargo, en el año 2000 su política cambió: El Gobierno Australiano anunció que el tax-sparing generalmente no será proveído o renovado en futuros acuerdos;[93] sin embargo, Australia continuará honrando aquellos tratados tributarios conteniendo provisiones tax-sparing hasta que expiren.

---

[90] James Rodger Hines Jr., "Testimony", arriba nota 87 en pp. 2-3

[91] Ver Apéndice II.

[92] 1997-98 Tax Expenditure Statement, reference code FA5, 18, en http:// www.treasury.gov.au/documents/171/PDF/(2)tes_table3.pdf

[93] 2000 Tax Expenditures Statement, referencia code D97, en http://www.treasury.gov.au/documents/ 94/PDF/ApéndiceA.pdf (las provisiones tax-sparing en los acuerdos bilaterales tributarios en Australia (DTAs) se aplican a específicos incentivos tributario para la inversión (por ejemplo, vacaciones tributarias) ofrecida por países en desarrollo. Bajo el tax-sparing, el impuesto condonado por el país que concede la concesión tributaria a inversionistas australianos bajo el tax sparing es asumido como pagado para los propósitos del sistema del crédito tributario extranjero, brindando a los residentes de Australia la posibilidad de reclamar un crédito tributario por el impuesto extranjero condonado en relación a sus inversiones. El Gobierno ha anunciado que el tax-sparing generalmente no será proveído o renovado en futuros acuerdos).

Fue casi imposible para el gobierno de Australia cuantificar exactamente la cantidad de impuesto condonado por el tesoro australiano bajo la aplicación del CTS. Bajo el tratado tributario Australia-Malasia,[94] muchos facto-res deben ser analizados tales como "la cantidad de ingreso sujeto a tax-sparing, la cantidad del impuesto reducido o exento en Malasia con respecto al particular ingresó, la naturaleza de la inversión, las estructuras legales usadas por Australia para generar esas inversiones, su necesidad de remitir o reinvertir el ingreso y su habilidad para usar el CTS. La actual información disponible y las estadísticas son de poca ayuda en este sentido."[95] Sin embargo, el tesoro australiano fue capaz de eliminar un costo anual de $A 2 millones.[96] Esta figura representa los costos para el Tesoro Australiano, pero uno debe también considerar el beneficio que el CTS representó para Australia.

---

[94] Australia-Malaysia, Segundo protocolo e intercambio de cartas, hecho en Genting Highlands, Malaysia, el 28 de Julio del 2002, corrigiendo el acuerdo entre Australia y Malasia, del 20 de agosto de 1980, como está corregido por el primer protocolo del 2 de agosto de 1999; donde la aplicación del crédito tax-sparing fue extendido del 1ro de Julio de 1992 al 30 de junio del 2003, en cuyo tiempo deberían expirar permanentemente. Ver Australian's House of Representatives website, «Key Features of the Second Protocol and the Exchange of Letters», 3, Documentos publicados el 27 de Agosto del 2002, en http://www.aph.gov.au/house/committee/jsct/augustandseptember2002/treaties/dtp_malaysia_nia.pdf

[95] Australian's House of Representatives website, «Key Features...» idem en p. 6.

[96] Australian's House of Representatives website, idem.

El anuncio del gobierno de no renovar ninguna provisión CTS en existentes tratados tributarios o no negociar el CTS con países en futuros acuerdos tributarios, viene a la escena después de que Australia gozó de los beneficios de aquellas provisiones. El tratado tributario con Vietnam es un buen ejemplo. El tratado tributario entre Australia y Vietnam ha significado -en términos económicos- un mejor intercambio entre ambos países que se ha incrementado de $A 1.166 billones en 1999 a $A 2.592 billones en el 2001. Las exportaciones australianas a Vietnam, en el 2001, alcanzaron más de $A 499 millones. Esta figura constituye un incremento del 39% de la figura de 1999 de $A 329 millones. Finalmente, el volumen de exportaciones a Vietnam, en los 5 años (1997-2002) se ha incrementado en un promedio de 17.6% por año.[97]

En conclusión, el CTS significó un substancial incremento de las exportaciones australianas a Vietnam. Esta experiencia también ilustra dos lecciones dadas por la actual corriente de las provisiones CTS en los tratados tributarios: 1) El CTS debe ser dado en un cierto periodo de tiempo, así como

[97] [21]Australia's House of Representatives. Amendment to the Double Taxation Agreement Between Australia and Vietnam, 6, REPORT 50: TREATIES TABLED 15 OCTOBER 2002, en http://www.aph.gov.au/house/committee/jsct/october2002/Report/chapt2.pdf

se hizo en el acuerdo entre Australia y Vietnam;[98] 2). el CTS debe estar bien enfocado en específicos sectores, tales como el tratado tributario con Vietnam[99] o Malasia.[100]

3.3.3 El Caso de Nueva Zelanda: Una Solución

La experiencia de Nueva Zelanda es muy provechosa en el sentido del desarrollo de un tejido de medidas políticas que tiendan a evitar los excesos que las provisiones CTS puedan conllevar. De acuerdo con ello, según el artículo 19 del tratado tributario entre Nueva Zelanda y Singapur (1973), los abusos detectados por la experiencia son asumidos mediante la implementación de creativas medidas dentro del protocolo de

[98] El intercambio de letras, hecho en Hanoi en November 1 del 2000 y Canberra, el 5 de agosto del 2002, constituye un acuerdo para corregir el Acuerdo Tributario entre Australia y Vietnam, hecho en Hanoi el 13 de abril de 1992, como fue corregido por un Intercambio de Notas hecho en Canberra el 22 de noviembre de 1996, y evidencia recibida en audiencia pública sostenida en Canberra el 21 de octubre del 2002. A través de este Intercambio de Cartas (que entró en vigor el 11 de febrero del 2003), el crédito tax-sparing expirará permanentemente en Julio 1, 2003. Ver Apéndice IV para más detalles.

[99] Doble Acuerdo Tributario entre Australia/Vietnam, New to Taxpack.com.au, mayo 2003, en https://treasury.gov.au/tax-treaties/income-tax-treaties

[100] El Acuerdo sobre Doble tributación entre Australia y Malaysia contiene créditos tax-sparing para ciertas actividades comerciales y no comerciales por el incentivo tributario proveído por Malasia bajo las medidas de promoción de la inversión. Ver Australian Legal Information Institute. Protocolo del Acuerdo sobre Doble Tributación entre Australia y Malasia (DTA) y el intercambio de cartas para extender el tax-sparing. Regulation Impact Statement, en http://iwww.austlii.edu.au/au/other/dfen/nia/1999/15/ris.html

1993 (segundo protocolo) del acuerdo de 1973.[101] Otro ejemplo es el protocolo de 1997 corrigiendo el Acuerdo de 1985 entre Nueva Zelanda y China, que prescribe algunas medidas que tiendan a prevenir acuerdos celebrados por terceras partes, diferentes a China o Nueva Zelanda, que tomen ventaja de los beneficios proporcionados por el CTS.[102] Adicionalmente, el gobierno de Nueva Zelanda requiere que los contribuyentes lidiando con el CTS informen cada año sobre el tipo de ingreso, el país de derivación y el monto del crédito.[103] Ciertamente, la Cámara de Comercio Internacional (Internacional Chamber of Commerce, ICC) recomendó implementar reglas para evitar abusos, bajo el principio de igual tratamiento[104] El OECD, por su parte, recordó la experiencia de Nueva Zelanda neutralizando esquemas de "compras en los tratados."

La lección es cristalina: Nueva Zelanda optó por restringir los beneficios de tax-sparing -como estaba supuesto de ser- a los socios de tratado. Aquellas medidas pueden ser asumidas no sólo mediante un proceso de negociación de las

[101] Ambos el Acuerdo de 1973 y el Protocolo de 1993 están disponibles en Lexis Nexis International Tax Treaties Database.
[102] Protocolo de 1997 y protocolo al acuerdo de 1986 entre Nueva Zelanda y China. Lexis Nexis International Tax Treaties Database.
[103] Deborah Toaze, arriba nota 30 en p. 897.
[104] ICC (International Chamber of Commerce) Commission on Taxation. "Application of Anti-Avoidance Rules in the Field of Taxation." Document n° 180/434 Rev., 27 Junio de 2000, en, http://www.iccwbo.org/home/Statements_rules/Statements/2000/anti_avoidance.asp

correcciones de los tratados sino también en el proceso de negociación del tratado tributario. Estas significativas experiencias sugieren que algunos abusos pueden ser superados mediante la implementación de reglas contra los abusos en tratados tributarios así como también con un pronto y coordinado monitoreo y administración por parte de los miembros del acuerdo tributario. Todas las provisiones del tax-sparing deberían tener provisiones en contra de abusos.

4. Incentivo Tributario y Coordinación Tributaria a la luz del CTS

4.1 Incentivo Tributario Definido

Durante el curso de esta investigación la atención ha estado centrada en la figura del CTS, pero ésta es sólo la segunda parte de la película; la primera parte trae los incentivos tributarios. Los incentivos tributarios brindados por el país anfitrión pueden permanecer no reflejados por el país de origen si el CTS no fuera otorgado. En este contexto, el CTS está diseñado a evitar cualquier nulificación de incentivos tributarios proveídos por el país anfitrión.[105]

Incentivos tributarios son especiales exclusiones, exenciones o deducciones brindadas por países que buscan estimular la estructura socio-económica en ciertos sectores. Especialmente los países en desarrollo usan la tributación para

[105] **"**El acuerdo tax-sparing permite al país anfitrión usar su sistema tributario más eficientemente para promover el desarrollo económico." Ver Robert L. Palmer, "Toward Unilateral Coherence in Determining Jurisdiction to Tax Income", 30 Harv. Int´l L.J. 1, nota 84 en p. 64.

alcanzar tres objetivos: 1) Limitar y controlar la propiedad extranjera, 2) elevar la renta, y 3) importar capital extranjero.[106] Aunque hay diferentes clases de incentivos tributarios,[107] la línea básica es el fortalecimiento de la economía. Los incentivos

[106] Jonathan Miller, arriba nota 11 en p. 112.

[107] Los más comúnmente usados son: (1) tasas tributarias por ingresos corporativos; (2) vacaciones tributarias (por ejemplo, reducción o exención de la tributación por un limitado periodo); (3) créditos para la inversión o permisos; (4) cuentas por créditos tributarios; (5) acelerada depreciación de los bienes de capital; (6) reglas de deducción favorable para cierto tipo de gastos; (7) deducciones o créditos para las ganancias reinvertidas; (8) tasas reducidas del impuesto retenido o remisiones al país de origen; (9) impuesto por ingreso personal o reducciones por seguro social para ejecutivos y empleados; (10) impuesto por ventas o reducciones: (11) impuestos de importación reducidos y obligaciones aduaneras; (12) reducciones de impuesto a la propiedad; (13) creación de "zonas" especiales. Ver, Alex Easson y Eric M. Zolt, "Tax Incentives", World Bank Institute, 18-9, disponible en http:// www.worldbank.org/wbi/publicfinance/documents/taxpolicy/Zolt&Easson.pdf.

Hay otras clasificaciones pero en esencia la mecánica es la misma, por ejemplo: "1) vacaciones tributarias sobre el ingreso corporativo, parcial o total; 2) permisos de capital (por ejemplo, acelerada depreciación); 3) conservar las pérdidas para las deducciones tributarias; 4) dividendos libre de impuestos para los socios: 5) deducción fiscal para gastos de investigación y desarrollo; 6) crédito por el impuesto laboral; 7) exención del impuesto a la propiedad (tierra, minas, y forestación, etc.); 8) exención de impuestos indirectos tales como el impuesto revertido, ganancias de capital, impuesto por regalías, impuesto de ventas, impuesto a las compras, 9) exención o deducción u obligaciones de importación en el equipo, partes, y nuevo material; 10) incentivos a la exportación (tales como exención a la tarifa de exportación, eliminación de las obligaciones de importación sobre bienes intermediarios para la manufactura de productos de exportación, subsidios para la exportación, y tarifas de protección); 11) aplazamiento de cuotas por registración corporativas, y 12) estatus libre de impuestos para salarios y empleados experimentados y préstamos libre de impuestos." Ver T. Modibo Ocran, "Double Taxation Treaties and Transnational investment A Comparative Study», 2 Transnat´l Law. 131, Transnational Lawyer, Spring, 1989, pp.140-141.

tributarios son realmente subsidios gubernamentales equivalentes a la renta perdida por el incentivo.[108] Todos los países emplean diferentes clases de incentivos tributarios a sus economías. Incentivos tributarios no son monopolio de países en desarrollo, sino también una herramienta empleada por los países desarrollados también.[109] Los países se encuentran en un "dilema del prisionero"[110] donde ellos podrían estar mejor si no ofrecieran incentivos tributarios pero cada quien se siente

[108] Ver Pierre Maugu, "Tax Incentives in the People's Republic of China: Who Benefits?" 5 Tul. J. Int's & Comp. L. 155, en 198.

[109] Los EE.UU. usa incentivos tributarios domésticamente (subsidios tributarios indirectos bajo la sección 34 (a) (2) del Código Tributario) externamente (bajo incentivos extranjeros, tales como los subsidios ilegales DISC/FSC) y las provisiones tax-sparing para ayudar la economía de sus posesiones, bajo la sección 936 del Código Tributario.

[110] En el clásico dilema del prisionero, dos individuos son puestos bajo custodia y separadamente interrogados en un esfuerzo para que confiesen. En la ausencia de una confesión, el fiscal puede obtener solo convicciones menores que pueden resultar en sentencias de un año para cada individuo. Si sólo uno confiesa e implica al otro, el fiscal estaría deseoso de ofrecer al individuo que confiese una situación negocial que conlleve una sentencia de seis meses; el otro prisionero sería penado con felonía y sentenciado a diez años de prisión. Si ambos confiesan, ellos serán sancionados con felonía, pero recibirán sentencias de cinco años. Dada la ausencia de un mecanismo para compeler a la cooperación, prisioneros inteligentes confesarán. En términos económicos, confesión es la "estrategia dominante." Ello permite la posibilidad de una sentencia de seis meses mientras que se cierra la posibilidad de una sentencia por diez años. Sin embargo, desde el punto de vista del prisionero, el resultado de seguir este curso de acción no es muy óptimo, porque conlleva a tiempo extra de cárcel. Cada quien resulta peor que lo que estarían si hubieran acordado de antemano no confesar. Ver Julie Roin, "Competition and Evasion" Another Perspective on International tax Competition», 89 Geo. L. J. 543, en pp. 550-551.

forzado a ofrecer el incentivo para preservar el clima de competencia financiera.[111]

Adicionalmente, los incentivos tributarios pueden ser útiles para balancear desventajas no tributarias que algunos países enfrentan en el mundo de los negocios.[112] La interacción de dos sistemas tributarios puede ser dañina para los países pobres[113] con bajas ventajas estructurales tales como: ubicación no privilegiada, carencia de apropiadas carreteras, puertos e infraestructura, sistema judicial no confiable y demás. Esta situación parece ser la misma dentro de las economías de los países; "regiones periféricas a me-nudo experimentan dificultades en promover su desarrollo y pueden, en ciertos niveles de su desarrollo, beneficiarse de mejores regímenes tributarios o incentivos tributarios para ciertas actividades."[114]

Ciertamente, quienes se beneficien del CTS depende de -entre otros factores-[115] si los socios del tratado tributario brindan

[111] OECD, "Harmful Tax Competition Report", arriba nota 15 en P. 34.
[112] OECD. "Harmful Tax Competition Report», idem en pp. 15 & 35.
[113] "El único medio práctico para desesperados países pobres para tener fondos para su esencial desarrollo económico es comprometerse en la competencia tributaria que extraiga inversiones de capitales privados de residentes individuales y corporativos de países con alta tasa tributaria." Ver J. Clifton Fleming, Jr., Robert J, Peroni & Stephen E. Shay, «Fairness in International Taxation: The Ability-to-Pay Case for Taxing Worldwide Income", 5 Fla. Tax Rev. 299 en p. 344.
[114] OECO. "Harmful Tax Competition Report", arriba nota 15 en p. 15.
[115] Otros factores pueden ser el tipo de ingreso (por negocios o inversión), sistema tributario adoptado por el estado de origen (sistema global o de

la provisión CTS o no.[116] Los incentivos tributarios, de acuerdo a los estudiosos, cuando están bien diseñados y dirigidos, son herramientas útiles para promover el desarrollo socio-económico, aunque el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial han sido tradicionalmente renuentes a la práctica de incentivos tributarios.[117]

4.2 Abusos y Riesgos

Todos los países aplican incentivos tributarios a sus economías, incluyendo los miembros del OECD.[118] La racionalidad política subyacente fue que los incentivos tributarios fueron herramientas bienintencionadas para promover el desarrollo de los tradicionales países en desarrollo; sin embargo, actualmente los incentivos tributarios no están enfocados solamente en aquellos países, sino también en economías en transición y países desarrollados. Además, los incentivos tributarios conllevaron muchos abusos y riesgos que el Banco Mundial[119] y el OECD[120] detectaron y que son descritos brevemente en los siguientes párrafos.

---

exención), la forma de inversión (sucursal o filial) y la naturaleza del incentivo tributario. Ver Pierre Maugu, arriba nota 108 en p. 160.

[116] Pierre Maugu, idem en p. 159.

[117] Alex Easson y Eric M. Zolt, arriba nota 107 en pp. 6-7.

[118] OECD, "Tax Sparing Report", arriba nota 43 en pp. 25-28.

[119] Alex Easson and Eric M. Zolit, arriba nota 107 en pp. 32-4.

[120] OECD, "Tax Sparing Report", arriba nota 43 en pp. 25-8.

a. Corrupción: Hay un gran riesgo de corrupción cuando los oficiales del país que proporciona el incentivo tributario tienen amplia discreción y no claras guías son diseñadas en este contexto. Programas en contra del abuso incluyen no sólo sanciones legales, sino también suspensión de beneficios y repago de los tributos condonados.

b. Round Tripping: Consiste en la creación de compañías extranjeras fantasma dentro del país doméstico para alcanzar los incentivos tributarios diseñados por los inversionistas extranjeros. Ello ocurre cuando los incentivos tributarios son restringidos a los inversionistas extranjeros o inversiones con mínima participación de capitales extranjeros. Un ejemplo es el caso de China, donde el capital deja el país y retorna en forma de inversión extranjera desde Hong Kong.

c. Double Dipping: Este mecanismo envuelve la creación de nuevas subsidiarias por compañías que pretenden continuar gozando de los incentivos tributarios que fueron creados bajo el auspicio de vacaciones tributarias, diseñadas para "nuevos" inversionistas solamente cuando el plazo límite finalice. Otra variante de esa práctica consiste en la venta de la compañía a nuevos inversionistas, lo que les permite calificar para la vacación tributaria.

d. <u>Transferencia de Precios:</u> Ello consiste en operaciones arregladas entre dos subsidiarias que pertenecen al mismo dueño, para tomar ventaja de los beneficios ofrecidos por los incentivos tributarios. Esta situación es probable que ocurra cuando: 1) un inversionista tiene dos o más actividades, una de ellas calificando para un incentivo tributario y el resto no; 2) el inversionista tiene dos o más subsidiarias, una de ellas localizada en una región de privilegio tributario y el resto no.

Algunos estudiosos han sugerido cautela al ofrecer incentivos tributarios que son potencialmente proclives a abusos de transferencia de precios.[121] "Por ejemplo, en contraste con las vacaciones tributarias, permisos de inversión o créditos proveen una exención tributaria de una determinada cantidad, en vez de ser por un período determinado. Consecuentemente, transferencias artificiales de ganancias a una firma que ha sido favorecida con un permiso de inversión o crédito puede resultar en que la obligación tributaria sea pospuesta pero no eliminada."[122] Sin embargo, la simplicidad de esta solución puede ser enturbiada por otros abusos y riesgos tales como la sobrevaluación del valor de las propiedades.

---

[121] Vacaciones tributarias deben ser cuidadosamente diseñadas y monitoreadas, porque su efectividad es controversial para algunos estudiosos. Ver Alvin C. Warren, Jr. "Income Tax Discrimination Against International Commerce", 54 Tax L. Rev. 131, nota 98 en 169.

[122] Alex Easson y Eric M. Zolt, arriba nota 107 en p. 33.

e. Sobre/Infra-Valoración: Estos mecanismos conllevan la manipulación del valor de las propiedades de una firma, ya siendo inflando o reduciendo el valor, para alcanzar el objetivo y calificar para los beneficios otorgados por el incentivo tributario.

f. Abuso de Privilegios Libre de Impuestos: Se refiere al peligro de revender el mismo producto al mercado doméstico una vez importado.

g. "Asset Stripping" y Operaciones "Fly-by-Night": Estas operaciones se refieren a las ventajas tomadas por algunas compañías (compañías "footloose") bajo el incentivo tributario proporcionado por un país para hacer una rápida ganancia "libre de impuestos", y luego la compañía desaparece para ubicar el negocio en otras regiones que ofrecen incentivos tributarios. Algunos países han intentado repeler el abuso "fly-by-night" introduciendo algunas provisiones "clawback." En China, por ejemplo, bajo estas provisiones, las compañías "joint venture" disfrutan de una vacación tributaria de dos años con consecuentes tres años a la mitad de la tasa tributaria, con la condición de continuar las operaciones por un periodo de diez años. Si el "joint venture" es terminado antes del período de diez años, luego todos los impuestos condonados deben ser

repagados. "La dificultad con tal provisión es que el inversionista podría haberse desvanecido antes de que sea posible recuperar cualquier obligación tributaria condonada."[123] Por ende, un efectivo monitorio de las actividades y movimiento financieros es un imperativo.[124]

Adicionalmente, la mayoría de las firmas extranjeras permanecen en los países en desarrollo aún después de que las vacaciones tributarias hayan expirado, porque han invertido costos y descubierto las oportunidades económicas disponibles en el país anfitrión.[125]

h. Costos y Beneficios: Los impuestos condonados algunas veces exceden el incremento en la inversión deseada (beneficio); sin embargo, incentivos tributarios pueden ser bien diseñados, dirigidos, monitoreados y evaluados.

i. Complejidad: De acuerdo al OECD, los incentivos tributarios añaden complejidad a la legislación tributaria.[126] De hecho,

[123] Alex Easson y Eric M. Zolt, arriba nota 107 en p. 34.
[124] Por ejemplo, "China es particularmente deseosa de negociar la provisión tax-sparing que evita la nulificación de las vacaciones tributarias extendidas a empresas extranjeras." Ver Alex Easson & LI Jinyan, "Taxation of Foreign Business and Investment in the People's Republic of China", 7 Nw. J. Int´I L. & Bus. 666, en p. 694.
[125] Damian Laurey, arriba nota 2 en p. 483.
[126] OECD, "Tax Spanng Report", arriba nota 43 en p. 26.

nada puede hacer a la legislación tributaria más compleja de lo de por sí es.

j. Lobbying: Los incentivos tributarios, con el tiempo, se expanden a otras actividades conectadas a actividades bien diseñadas, a pesar de que la razón primigenia que motivó el incentivo tributario ya no exista. Aunque es políticamente un poco difícil remover los incentivos tributarios, los países usan medios alternativos para suplantarlos.[127]

4.3 Soluciones:

El hecho de que los incentivos tributarios experimenten algunos problemas no significa que se deba abandonarlos. Hay muchas soluciones implementadas para prevenir y eliminar aquellos abusos y riesgos. "Los incentivos tributarios pueden jugar un rol útil en el estímulo de la inversión doméstica y extranjera. Cuán útil y a qué costo, depende en cuán bien diseñados, implementados y monitoreados los programas de incentivos tributarios estén.[128]

El Instituto del Banco Mundial ha diseñado algunas guías que pueden ayudar a los países que lidian con los abusos y riesgos de incentivos tributarios:[129]

[127] Tal como el caso de los subsidios ilegales Americanos del DISC/FSC.
[128] Alex Easson y Eric M. Zolt, arriba nota 107 en p. 34.
[129] Alex Easson y Eric M. Zolt, arriba nota 107 en p. 35.

1. Los objetivos de los incentivos tributarios deben estar claramente establecidos y el tipo de beneficio tributario debe también estar bien planificado para coincidir con tal objetivo.

2. El gobierno debe estimar el análisis costo-beneficio y diseñar programas anticorrupción.

3. Todos los incentivos tributarios deberían tener provisiones "sunset" que marquen ciertos límites de tiempo.[130]

4. El gobierno debería sopesar el éxito y fracaso de cada incentivo tributario en cada periodo específico de tiempo.

Estas pautas representan sólo algunas guías en el proceso para alcanzar los objetivos finales para el beneficio de los países.

4.4 Lecciones desde Europa:

[130] Por ejemplo, en el acuerdo suplementario que corrige en acuerdo sobre doble tributación entre Bélgica y Singapur, "la más importante corrección se refiere al y artículo 23 de la convención. En las propias palabras del artículo, tax sparing toma precedencia sobre el evitar la doble tributación. En efecto, el artículo provee un crédito tributario extranjero cuando ningún impuesto ha sido impuesto en Singapur sobre intereses y regalías, en línea con la legislación diseñada a estimular la expansión económica de Singapur. Sin embargo, el beneficio es reservada para países en desarrollo reconocidos internacionalmente, y porque Singapur no es más un país en desarrollo, el articulo no cumple más su propósito. Mientras que la corrección retenga el uso del tax sparing durante una fase de transición, su aplicación está severamente limitada en términos del tiempo en que los pagos por intereses y regalías aplican, y cuánto puede ser deducido. La fase transicional durará 5 años, después de los cuales terminará totalmente.» Ver "Summaries of Today's Important Tax Items» in Worldwide Tax Daily, March 27, 2002, WTD 59-1.

4.4.1 Liderazgo y Compromiso:

La Unión Europea tiene algunas provisiones en su tratado que reseña aspectos generales sobre la tributación acerca de los países de la Unión (artículos 95-99).[131]

En este sentido, es importante distinguir que mientras los Estados Unidos y la Unión Europea podrían tener el mismo propósito en la arena del negocio internacional; el objetivo "ultérrimo" podría ser diferente.[132]

Mientras parte del objetivo de los EE.UU. es "mejorar el desarrollo y manejo de la estrategia de comercio estadounidense" y "mejorar los estándares de vida en el mundo",[133] su objetivo final es el liderazgo en el mundo: "Mientras los EE.UU. no está en una posición de dictar economía política al resto del mundo, los EE.UU. están en una posición de liderar el mundo y es el interés nacional de los EE.UU. de hacerlo."[134]

---

[131] European Environmental Law Homepage, European Community Treaty, en http:// www.eel.nI/treaties/ecTreaty/compet.html#HD_NM_65

[132] European Environmental Law Homepage, European Community Treaty, en http:// www.eel.nI/treaties/ecTreaty/compet.html#HD_NM_65

[133] "United States: Omnibus Trade And Competitiveness Act of 1988", sec. 1001 (b) (4). Ver John H. Jackson, William J. Davey, Alan O. Sykes, Jr. "Legal Problems of International Economic Relations", 4th edition, West Group, Minnesota, 2002, p. 1099.

[134] United States: Omnibus Trade And Competitiveness Act of 1988, sec. 1001 (a)(6). Ver John H. Jackson, William J. Davey, Alan O. Sykes, Jr., idem en p. 1099.

Uno de los principales objetivos en la tercera versión del Acuerdo ALCA es la liberalización del comercio para generar crecimiento económico y prosperidad, contribuyendo a la expansión del comercio mundial.[135]

Aunque el ALCA y los EE.UU. parecen estar buscando los mismos objetivos, los EE.UU. todavía conserva su objetivo final que es el liderazgo del mundo. Por ende, los EE.UU. subordina todo interés subalterno a su interés nacional principal.

La Unión Europea, de otro lado, tiene el mismo objetivo de "promover el desarrollo económico", pero su política es diferente. "Lo siguiente puede ser considerado compatible con el mercado común: (a) ayuda para promover el desarrollo económico de áreas donde el estándar de vida es bajo o donde exista serio subempleo; b) ayuda para promover le ejecución de un importante proyecto de común interés europeo o remediar serios problemas en la economía de un estado miembro; c). ayuda para facilitar el desenvolvimiento de ciertas actividades eco-nómicas o de ciertas áreas económicas."[136]

Leído cuidadosamente, el objetivo es parecido: "promoción del desarrollo económico", sin embargo, la política

[135] FTAA-Free Trade Area of the Americas, artículo 2.1 (a), en http://www.ftaa-alca.org/ FTAADraft03/Chapterll_e.asp

[136] "European Community Treaty", article 92 (3), en http://www.eel.nl/treaties/ecTreaty/ compet.htmI#HD_NM_65

de la Comunidad Europea está imbuida de un espíritu de apertura, compromiso y cooperación (nótese que en los artículos se utiliza el verbo "ayudar". Esta diferente perspectiva de los tratados y negociaciones inspiradas por un diferente espíritu (liderazgo vs. cooperación) puede explicar parcialmente por qué la política de los EE.UU. estuvo siempre en contra de otorgar los créditos tax-sparing a los países en desarrollo. Posteriores negociaciones del CTS dentro del contexto del ALCA deben considerar este riesgo. Además, la estructura de los incentivos tributarios y las negociaciones de los tratados tributarios dentro del ALCA debería considerar esta realidad como problemática: los EE.UU. quiere liderar al ALCA y no ayudar a los países Latinoamericanos, cosa que sí lo hacen la Comunidad Europea con sus países miembros.

4.4.2 Competencia Tributaria vs. Co-ordinación Tributaria:

Aunque la competencia tributaria podría traer incentivos efectivos, una ilimitada competencia tributaria podría terminar en una competencia dañina. Este es el caso de la Unión Europea, donde sus estados miembros han entendido que la co-ordinación y co-operación pueden superar aquellos riesgos y abusos dentro de la Unión.[137]

[137] "Commission of the European Communities", "Towards Tax Co-Ordinaton in the European Union" A package to tackle harmful tax competition, Communication from the Commission to the Council, Brussels,

En la Comunidad Europea se identificó que el peso tributario estuvo siendo trasladado a los empleados menos habilitados y menos móviles, mientras que los empleados altamente calificados eran altamente móviles y proclives a las diferencias tributarias. "Asimismo, pequeñas firmas e industrias importantes para la creación del trabajo- son penalizadas comparadas a las más grandes empresas que tienen mayor acceso a las oportunidades proveídas por las diferencias tributarias y la competencia tributaria."[138]

Esta figura resultó en una erosión dañina para las bases tributarias de los estados miembros, porque tuvieron que reducir las tasas tributarias sobre bases bajo los niveles deseables e incrementar la tributación en bases menos móviles. Esta situación resultó en desempleo en muchas regiones. "Una fuerte evidencia creciente ahora señala a un fuerte efecto negativo de mayores impuestos de trabajo en el nivel de empleo y crecimiento en Europa. Ha sido estimado que muchos puntos porcentuales de la actual tasa de desempleo son debidos a este incremento en la tributación al trabajo."[139]

October 01, 1997, 4 en http:// europa.eu.int/comm/Taxation_customs/publicenions/official_doc/com/Taxation/com495_oct1997/en.pdf

[138] Commission of the European Communities, idem en p. 2.

[139] Commission of the European Communities, idem en p. 3.

La propuesta del Código de Conducta de repeler aquellas prácticas es una buena solución.[140] Este instrumento compromete estados miembros para refrenar la práctica de aquellas medidas tributarias que son dañinas a los otros estados miembros e incorporar un proceso de monitoreo y revisión "capaz de mayor desenvolvimiento y refinamiento a la luz de la experiencia."[141]

En conclusión, los abusos de los incentivos tributarios, así como los excesos de la competencia tributaria, pueden ser solucionados con un espíritu de apertura, compromiso, cooperación y coordinación. "Los contribuyentes son ahora globales; las autoridades tributarias no."[142] El Código de Conducta de la Comunidad Europea que compromete estados miembros para refrenar la práctica de la competencia tributaria dañina es un buen ejemplo de esta política abierta. Sin embargo,

---

[140] "El Consejo de la Unión Europea del 1ro de diciembre de 1997 dio un paquete de medidas para combatir la competencia tributaria dañina para ayudar a reducir las distorsiones en el Mercado Unico, para prevenir las excesivas pérdidas de renta y desarrollar estructuras tributarias en una forma proclive al empleo. El paquete incluye un Código de Conducta en tributación de negocios, tributación de ahorros y el problema de impuestos por retención del interés más allá de las fronteras y pagos de regalías entre compañías. El Código de Conducta identifica potencialmente regímenes dañinos en el campo de la tributación de negocios y brinda razones para combatir regímenes dañinos. Ello incluye una promesa de no introducir nuevos regímenes tributarios dañinos y reducir los regímenes existentes." Ver OECD Harmful Tax Competition Report, arriba nota 15 en p. 17.

[141] Commission of the European Communities, arriba nota 136 en p. 5.

[142] Ver John F. Avery Jones. "Are Tax Treaties Necessary?" 53 Tax L. Rev. 1, en p. 1.

es importante notar que la solución que puede ser traída para solucionar problemas de competencia tributaria no debe representar la perspectiva de sólo unos grupos en perjuicio de otros países. En el reporte del OECD sobre Competencia Dañina, Luxemburgo y Suiza se abstuvieron de participar en aquellas propuestas.[143] Además, algunas veces la competencia tributaria permite a las naciones en desarrollo construir sus economías sin basarse en subsidios de los países industrializados. Los LAC, por ejemplo, pueden usar paraísos tributarios como medios para competir en la economía del mercado mundial. Países en desarrollo están en desventaja comparativa en relación con naciones ricas en su habilidad de contribuir a la economía global debido a sus pobres recursos y carencia de capital e infraestructura. "Consecuentemente, el único recurso para estas jurisdicciones es proveer incentivos para la inversión a corporaciones individuales en un esfuerzo para desarrollar una industria financiera que es vital para su éxito. Estas jurisdicciones, a su turno, serán capaces de desarrollar una estable y creciente economía que proveerá al crecimiento y desarrollo de la infraestructura necesaria para permitir que sus sistemas educativos y educacionales sean más

[143] OECD "Harmful Tax Competition Report", arriba nota 15 en pp. 3, 65, 73-8

conmensurados con aquéllas de las naciones más industrializadas."[144]

Además, cualquier lección de Europa o de otra organización puede ser bienvenida para los países LAC y las negociaciones del ALCA; sin embargo, aquellas lecciones deben ser coordinadas, negociadas, discutidas y moni-toreadas. Ninguna recomendación o lección puede ser impuesta a los países LAC sólo porque los países industrializados piensen que son buenos. Ello puede ser cierto en su perspectiva, pero la perspectiva de los países LAC debe ser escuchada también. Por ende, la co-operación y la co-ordinación serán la llave para resolver los abusos y riesgos de la competencia tributaria, paraísos tributarios, distorsiones tributarias, evasión fiscal e incentivos tributarios.

[144] Alexander Townsend, Jr. arriba nota 6 en p. 257.

5. Sistemas Tributarios, Modelos de Tratados Tributarios y Diferentes Posiciones

5.1 Introducción

Las teorías económicas consideran que todo lo que entorpezca el comercio es malo.[145] Por su parte el derecho ha categorizado dos principales mecanismos para evitar la doble tributación internacional: 1) la respuesta unilateral, que considera dos principales técnicas: a) el método del crédito tributario extranjero; b) el método de la exención tributaria; y 2) la respuesta bilateral a través de tratados bilaterales.

Con la respuesta unilateral, algunos estudiosos consideran que en adición al método del crédito tributario extranjero y el método de la exención, está el método de la deducción de impuestos extranjeros.[146] Paralelo a aquellos tres métodos están

[145] Ernest R. Larkins, arriba nota 79 en pp. 21-2.

[146] Aunque la mayoría de los autores consideran estos dos principales métodos para prevenir doble tributación, algunos entendidos consideran tres métodos: el método de la exención, el crédito tributario extranjero y la deducción de impuestos extranjeros. "Por lo tanto, generalmente hablando, y asumiendo que la tasa tributaria en el país anfitrión es menor que la tasa en el país de origen, un residente podría estar más inclinado a invertir en el

las tres doctrinas de la tributación internacional que van con cada una: a) Neutralidad de la Exportación de Capitales favorece el método del crédito tributario extranjero; b) Neutralidad de la Importación de capitales favorece el método de la exención; y c) la doctrina de la neutralidad nacional favorece el método de la deducción.[147]

Desde que las políticas de neutralidad de la exportación e importación de capital serán analizadas posteriormente, es importante referirse brevemente a que la filosofía de la

extranjero bajo un sistema de exención, menos inclinado bajo un sistema de crédito tributario extranjero, y mucho menos inclinado bajo un sistema de deducción tributaria... De seguro, cada uno de los tres métodos para aliviar la doble tributación promueve una política particular o concepción de "neutralidad", como sus sostenedores lo proponen. Un sistema de exenciones tributarias promueve la neutralidad de la importación de capitales, proveyendo el mayor incentivo para los residentes invirtiendo en el extranjero; un sistema de crédito tributario promueve la neutralidad de la exportación de capitales, ofreciendo un menor incentivo a la inversión; y un sistema de deducción tributaria promueve la neutralidad nacional, proveyendo el menor incentivo en el extranjero." Ver Tsilly Dagan "National Interest in the International Tax Game", 18 Va. Tax Rev. 363, en p. 366.

[147] "De seguro, cada uno de los tres métodos que proveen alivio para la doble tributación promueve una particular política de inversión y concepción de neutralidad como sus seguidores piensan. Un sistema de exenciones tributarias promueve la neutralidad de la importación de capitales, proveyendo el incentivo más grande para invertir en el extranjero; un sistema de crédito tributario promueve la neutralidad de la exportación de capitales, ofreciendo un incentivo más pequeño y un sistema de deducción fiscal promueva la neutralidad nacional, proveyendo el menor incentivo para invertir en el extranjero." Ver Tsilly Dagan, "National Interest in the International Tax Game", arriba nota 145 en p. 367.

neutralidad nacional no sirve a la competencia de las corporaciones en el país de origen.

"Una creciente preocupación por la inversión doméstica en el país de origen sirve como un principio base de la neutralidad nacional."[148] En este sentido, alivio para la doble tributación internacional no es necesaria desde que el contribuyente simplemente deduce los impuestos extranjeros pagados cada año en la declaración de impuestos. Aunque la política de neutralidad nacional podría conllevar a una prosperidad temporal para el país de residencia o de origen y hacer más fácil el tratamiento de los impuestos extranjeros, podría conllevar una tormenta internacional, porque otros países podrían *vengarse* implementando similares políticas, facilitando la terminación de tratados tributarios en efecto y negocios internacionales juntos. En verdad este sistema no es una óptima opción para fomentar la competitividad de un país.[149]

Finalmente, entre otros métodos disponibles para prevenir la doble tributación, el crédito tax-sparing no es un método para eliminar la doble tributación internacional. Es una variación del

[148] Ann Duvall Alsobrook. "Improving the Competitiveness of U.S. National Corporations Through Changes to the Foreign Tax Credit", 12 Am. U. J. Int'I L. & Pol'y 875, en pp. 881-882.
[149] Ann Duvall Alsobrook, idem en p. 882.

método del crédito tributario extranjero;[150] sin embargo, algunos estudiosos no concuerdan y consideran que el crédito tax-sparing es otro método para prevenir doble tributación.[151]

5.2 El Crédito Tributario Extranjero (CTE)

El principal método para evitar la doble tributación internacional es a través del uso de un crédito tributario extranjero, que permite al contribuyente reducir su carga tributaria por el monto de los impuestos pagados en el extranjero por ingresos de fuente extranjera.[152]

El crédito tributario extranjero es el alivio que el país de origen provee al contribuyente. Otros países usan el método de la exención. La principal diferencia entre estos dos métodos es que "cuando la tasa del país anfitrión es menor que la del país de origen, el sistema de crédito permite al país de origen imponer

[150] A. Pradeep. "Mix-up in 'may be'." Financial Daily from The Hindu, Business Line Internet edition, Saturday, May 24, 2003, en http://www.thehindubusinessline.com/2003/05/24/stories/2003052400090900.htm

[151] Markus Berndt, Bettina Reichl & Georg Koopmann. "Risk Diversification and Tax Competition. The Influence of Risk Correlations and Tax Provisions on Tax Competition", 12, HWWA DISCUSSION PAPER, edited by the Department of World Economy, Hamburg Institute of International Economics, en http://www.hwwa.de/Publikenionen/Discussion_Paper/2000/104.pdf

[152] "El mecanismo usado por los Estados Unidos para aminorar el problema de la doble tributación es el crédito tributario extranjero. Diferente al sistema de la exención, el crédito tributario extranjero es supuesto a eliminar el incentivo para invertir en países con baja tributación." Ver Julie A. Roin, "The Grand Illusion"... arriba nota 28 en p. 925.

impuestos a una tasa igual a la diferencia, donde bajo el sistema de exención, el único impuesto es el del país anfitrión a una tasa más baja, más alta o la misma que la del país de origen."[153]

Por ejemplo, el Código Tributario de los EE.UU. sección 901 permite un crédito por los impuestos extranjeros pagados o asumidos como pagados por calificados contribuyentes que eligen tomar el crédito en vez de la deducción permitida por la sección 164 (a) del mismo Código. La opción entre el crédito y la deducción se aplica a todos los impuestos extranjeros al ingreso por el año gravable.[154]

La elección es hecha cada año, por ende, el contribuyente puede libremente elegir el crédito un año y la deducción el siguiente año;[155] sin embargo, en las asociaciones, cada socio separadamente hace la elección.[156]

5.3 El Sistema del Crédito Tributario Extranjero vs. Sistema de Exención Tributaria

[153] Boris Bittker & Lawrence Lokken, "Fundamentals of International Taxation", Warren, Gorhan & Lamont, Boston, 1991, en p. 69-73.
[154] "Un contribuyente puede elegir deducir impuestos extranjeros en vez de reclamar el crédito tributario extranjero, donde su crédito tributario extranjero es reducido por el sistema de la limitación de canastas de la sección 904", Ver Yoseph Edrey & Adrienne Jeffrey. "Taxation of International Activity: Over Relief From Double Taxation Under the U.S. Tax System", 9 Int Tax & Bus. Law. 101, p. 120.
[155] IRC § 275 (a) (4) (A).
[156] IRC § 703 (b) (3).

Ausente de un tratado tributario bilateral, el Crédito Tributario Extranjero (CTE), en teoría, constituye un alivio poderoso y efectivo para evitar la doble tributación internacional. Aunque Andersen describe tres alternativas al CTE (método territorial estricto, método de exención y la fórmula del prorrateo), él piensa que "el crédito tributario extranjero es sin lugar a dudas el único mecanismo que podría ser usado para evitar doble tributación";[157] sin embargo, como será visto después, el CTE tiene muchas distorsiones que limitan la neutralidad de la exportación de capitales.

De acuerdo con el OECD, la mitad de los países tienen un sistema global y la otra mitad un sistema territorial. Países con sistema global prefieren el Crédito Tributario Extranjero (CTE) como los EE.UU., Japón y Reino Unido; mientras que países con sistema territorial favorecen el método de la exención, como Canadá, Alemania, Francia y los Países Bajos.[158]

---

[157] Richard E. Andersen. "Foreign Tax Credits", Warren, Gorham & Lamont, Boston, 1996, p. 1-2.

[158] ICC (International Chamber of Commerce), "Tax Exemption versus Tax Credit Systems for Foreign Dividends: Comparison and International Trends", Policy Statement, 3 October 2003, Document 180-50/1rev.5Final, disponible en http:// www.iccwbo.org/home/Statements_rules/Statements/2003/ Tax%20exemption%20v%20Tax%20credit.asp.

Es curioso notar que el CTS es otorgado no sólo por países con sistema global (como Japón o el Reino Unido), sino también por países con sistema territorial (Canadá, Alemania, Francia, Países Bajos). Sin embargo, esta investigación analiza básicamente el impacto de la política norteamericana contra el CTS en el proceso de formación del ALCA.

a. **Método de Exención Tributaria:** Bajo el método de la exención, los residentes del país que impone el impuesto son requeridos para reportar su ingreso a nivel mundial. Este país luego exime de tributación el ingreso derivado en el extranjero. Sin embargo, para algunos autores como Andersen,[159] este método de exención es estropeado en el sentido de que es usado por jurisdicciones con relativamente altas tasas; ello estimula a los contribuyentes a reinvertir en jurisdicciones extranjeras para proveer la exención.

De acuerdo al OECD, los sistemas de exención no gravan dividendos de operaciones financieras extranjeras. Los dividendos transferidos desde el extranjero al accionista son gravados con un impuesto de retención más el impuesto corporativo sobre las ganancias originales.[160] Este sistema estimula a los inversionistas domésticos a perseguir actividades en el extranjero y el eventual abuso que este sistema podría traer

[159] Richard E. Andersen, arriba nota 156 en p. 1-3.
[160] ICC, arriba nota 157.

-cosa que Andersen ya lo refirió- y que puede ser contrarrestado eficientemente por diferentes mecanismos incluyendo reglas antiabuso.

Este sistema es caracterizado por ser simple, con bajos costos de cumplimiento y no requiere elaborados cálculos. Este método de exención estimula negocios en países en desarrollo a invertir en el extranjero, así como también estimula las inversiones dentro de los países en desarrollo.[161]

b. <u>Sistema del Crédito Tributario Foráneo</u>: Países con un sistema global, como los EE.UU., utilizan un sistema de crédito para lograr la neutralidad de la exportación de capitales, porque la carga tributaria es independiente de la fuente de ingreso. Esto es en contraste con el método de la exención tomada en países con un sistema territorial, que tiende a ser neutral en la importación de capital y provee ventajas en países con baja tributación (como los países en desarrollo).

El crédito tributario extranjero permite a los contribuyentes domésticos un crédito por los impuestos pagados en el extranjero a cuenta del impuesto doméstico, siempre y cuando el impuesto extranjero no sobrepase el impuesto doméstico, de otra forma no existiría reembolso por los

[161] ICC, idem.

impuestos que excedan los impuestos domésticos.[162] La fortaleza de este sistema es la eficiencia en combatir abusos para evitar la doble tributación, desde que este sistema requiere que la información relaciona- da a las actividades extranjeras sea incluida en la declaración de impuestos domésticos. Sin embargo, el costo de cumplir con este sistema es alto debido a los cálculos y el acopio de información del extranjero.

Finalmente, este sistema no estimula los negocios a invertir en el extranjero, como el método de la exención lo hace, por lo tanto, ello no representa una ventaja en la competencia dentro del proceso de globalización.

c. <u>Balance</u>: El método de la exención es más simple y me- nos costoso de cumplir que el sistema del crédito, sien- do ideal para los países en desarrollo. Este sistema de exención promueve que los negocios se aventuren al exterior, permitiendo que la globalización florezca.[163] Adicionalmente, "un sistema de

[162] En caso de cualquier monto pagado como impuestos que excedan las limitaciones bajo la subsección 904 (a) del Código Tributario, se lo puede retrotraer a los dos años anteriores y aplicar a los cinco consecutivos años, en ese orden bajo la sección 904 (c) del Código Tributario.

[163] "Ciudadanos Americanos tienen una desventaja comparativa con respecto a ciudadanos alemanes, japoneses u holandeses porque las firmas americanas están eficientemente sujetas a cargas tributarias más fuertes en el ingreso extranjero que sus competidores. En el reporte especial preparado por Arthur Young & Co., que examinó las políticas tributarias de los EE.UU., Países Bajos, Japón y Alemania para determinar qué sistemas proveyeron el más favorable tratamiento a sus nacionales. Aunque los cuatro países tienen similitudes fiscales, el reporte exa minó las diferencias principales que ilustraban las diversas perspectivas fiscales. Los ganadores principales del

exención tributaria hace que la competencia tributaria sea satisfactoria para la comunidad financiera y para los países también. Tal situación "ganador-ganador" es una proposición atractiva para todos."[164] Particularmente la Cámara Internacional de Comercio favorece el sistema de exención desde que "auténticamente"[165] promueve la globalización estimulando a que los negocios comercien en el exterior: ello preserva el impacto de la política tributaria doméstica, especialmente en los países en desarrollo y los costos de cumplimiento son bajos.

Los países orientados al sistema de exención brindan mayor importancia a la creación de un ambiente tributario para sus compañías operando en el exterior (para tener igualdad de términos con los inversionistas locales), que en crear un ambiente tributario neutral en relación a los inversionistas domésticos, como lo hacen los países orientados al sistema del crédito.[166] Los estados que emplean el método de la exención no tienen restricción con la concesión dada a los contribuyentes

estudio fueron los holandeses que tuvieron un "sistema territorial de tributación"... Las firmas Americanas tienen otra desventaja en el área de tax-sparing." Ver "Competitive burden: Tax Treatment of U.S. Nationals" in World Document Roundup, 88 TNI 9-19.

[164] ICC, arriba nota 157. Sin embargo, la comunidad internacional reputa a ambos sistemas como útiles; adicionalmente, podría ser un poco oneroso tratar de transferir corporaciones de un sistema (crédito) a otro (exención).

[165] ICC, idem.

[166] OECD. "Tax Sparing Report" arriba nota 43, en p. 20.

por el país anfitrión, a pesar del monto del impuesto; mientras que los estados que aplican el método del crédito pueden nulificar cualquier concesión proporcionada por el país anfitrión y permitirá una deducción sólo del impuesto pagado, a menos que el crédito tax-sparing sea proporcionado por el estado orientado al sistema del crédito (como Japón y el Reino Unido, por ejemplo).[167]

En el proceso de negociación del ALCA, los países en desarrollo (países Latinoamericanos y el Caribe) pueden negociar el CTS más fácilmente entre ellos mismos (incluyendo Canadá que tiene un sistema territorial de exención).[168] También, los países LAC pueden negociar este CTS con otros estados no miembros del ALCA (la Comunidad Europea por ejemplo) o los países exporta-dores de capital abiertos a este CTS como Japón o el Reino Unido, sin olvidar los países del Asia, ciertamente.

d. <u>El Sistema de los EE.UU.</u>: Existen dos principales objetivos que los EE.UU. persigue: alivio de la doble tributación y neutralidad en la exportación de capitales. Ambos objetivos colisionan con el sistema global o método del crédito. El método

[167] Bajo estas consideraciones, países con sistemas globales y métodos del crédito, tales como los EE.UU., Reino Unido y Japón, necesitan celebrar tratados tributarias para cumplir con los requerimientos del sistema de crédito, básicamente el intercambio de información.
[168] ICC, arriba nota 157.

del crédito tributario extranjero no puede alcanzar a plenitud la neutralidad en la exportación de capitales, debido a diferentes factores; algunos de ellos son la limitación del crédito tributario extranjero y el crédito cruzado de los impuestos extranjeros.[169]

A través de la limitación del crédito tributario extranjero,[170] el contribuyente americano operando en el extranjero en un país de mayor tasa tributaria, se encuentra en peor condición que el contribuyente americano operando en casa.[171] En este caso, la neutralidad de la exportación de capitales no funciona tan bien como en otros casos en que las compañías americanas, con créditos en exceso, pueden balancearlos con el residuo de impuestos pagados en regiones con más bajas tasas tributarias, según el "sistema de canastas."[172] Por ende, el sistema americano que propone alcanzar la neutralidad en la exportación de capitales y presentar las mismas reglas al inversionista americano operando en el exterior o en casa, es una ilusión.[173] No obstante esta postura, el sistema del

[169] William Martin, arriba nota 50 en p. 449.
[170] IRC § 904 (a), en http://www.fourmilab.ch/ustax/www/t26-A-1-N-III-A-304.html
[171] "Muchos expertos critican la limitación del crédito tributario extranjero como uno de las más innecesarias y complejas provisiones del sistema fiscal de los EE.UU." Ver Ann Duvall Alsobrook, arriba nota 147 en pp. 877-878.
[172] IRC § 904 (d), en http://www.fourmilab.ch/ustax/www/t26-A-1-N-III-A-904.html
[173] "A diferencia de sus competidores, los Estados Unidos rehúsa subsidiar la inversión en los países en desarrollo a través del crédito por impuesto que (para atraer negocios que acuerdan no tributar). El Tesoro rehúsa negociar tales tratados, porque -sobre las bases de la neutralidad de la exportación de

crédito cruzado está sujeto a abusos también. Compañías operando en el exterior prefieren la estructura de la neutralidad de la exportación de capitales -en vez del método del crédito tributario extranjero- debido a su asociación con el método de la exención para aliviar la doble tributación.[174] El sistema de los EE.UU. no puede alcanzar ninguno de sus objetivos a través de uso del sistema del crédito; consecuentemente, los EE.UU. tuvo que ablandar su política para aceptar ciertos elementos del método de la exención, como el método del impuesto diferido, por ejemplo.[175]

En conclusión, el sistema de los EE.UU. ha asumido algunos elementos del sistema de la exención (método del impuesto diferido, crédito cruzado) para alcanzar el objetivo de aliviar la doble tributación. Sin embargo, este sistema de crédito con algunas particularidades que los EE.UU. conserva, no es un sistema híbrido, como algunos estudiosos piensan.[176] Más bien, contradice su otro objetivo de la neutralidad de la exportación de capitales. Esta perspectiva muestra cuán inconsistente y contradictorio el sistema de los EE.UU. es, en términos del Crédito Tributario Extranjero. Sin embargo, aún si la estructura

capitales- el Senado rehúsa ratificarlos." Charles 1. Kingson, "The Foreign Tax Credit and Its Critics." 9 Am. J. Tax Pol'y 1, en p. 38.
[174] William Martin, arriba nota 50 en p. 449.
[175] IRC § 904 (C).
[176] William Martin, arriba nota 50.

del CTS es de por sí inconsistente, el CTS puede brindar algo de sentido para corregir esta inconsistencia.

5.4 Modelos de Tratados Tributarios:

5.4.1 Introducción:

El principal propósito de los tratados internacionales sobre el impuesto a la renta es reducir la doble tributación para permitir que el comercio florezca y facilite el intercambio de información entre los países contratantes. Todas las negociaciones de los tratados empiezan con un tratado modelo; en el mercado existen cuatro principales modelos de tratados tributarios: 1) El Modelo del Departamento del Tesoro sobre el Impuesto a la Renta (Setiembre 20, 1996), conocido como el modelo de los EE.UU.; 2) El modelo del OECD que es preferido por los países desarrollados; 3). El modelo de la ONU, preferido por los países en desarrollo; y 4). El modelo de los países asiáticos (Asociación de las naciones asiáticas del sur-este).

5.4.2 Comparación entre el Modelo de Tratados Tributarios de los EE.UU.[177] y el Modelo de Convenciones Tributarias del OECD[178]:

a).- <u>Sistema Tributario</u>: El modelo de los EE.UU. preserva el derecho de los Estados contratantes de gravar a sus ciudadanos donde sea que se encuentren (sistema de carga tributaria global).[179] El modelo del OECD basa la residencia sobre una base territorial y no sobre una base global.

---

[177] "US Tax Model Income Tax Convention" of September 20, 1996, en http://www.intltaxlaw.com/TREATIES/USMODEL/Treaty.htm#Article%201 or http://www.wiley.com/legacy/products/subject/accounting/accounting/larkins/USModelIncomeTaxTreaty.pdf

[178] OECD (Organization for Economic Corporation and Development). Convención Modelo con respecto a los impuestos sobre el ingreso y capital, 28 de Enero de 2003, http://www.oecd.org/denaoecd/52/34/1914467.pdf : Los siguiente es países son miembros del OECD: Australia, Austria, Bélgica, Canadá, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, lrlanda, Italia, Japón, República de Korea, Luxemburgo, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, Slovakia, España, Suecia, Suiza, Turquía, el Reino Unido y los EE.UU. La Comisión de la Unión Europea participa en el trabajo del OECD.

[179] Además, los EE.UU. redactó su primer modelo de tratado tributario en 1976, sien- do actualizado dos veces, en 1977 y 1981. "Mientras que hay diferencias significativas entre los modelos del OECD y los EE.UU., este último está basado en, y en muchos respectos se parece al anterior." Paul C. Reese, "United States Tax Treaty Policy Toward Developing Countries: The China Example",35 UCLA L. Rev. 369, December 1987 en pp. 381-2

b).- <u>Prevención de la Doble Tributación Internacional</u>: Mientras que el modelo de los EE.UU. se basa en un crédito tributario extranjero, el modelo del OECD se basa en dos métodos: 1) Método de la Exención (artículo 23 A) y 2). Método del crédito (artículo 23 B).

c).- <u>"Treaty Shopping" (compras de tratados)</u>: Mientras que el modelo de los EE.UU. se enfoca en el "treaty shopping" (artículo 25),[180] el modelo del OECD tiene provisiones que limitan los beneficios del tratado en situaciones de "treaty shopping."

d).- <u>Tax-sparing credit</u>: El modelo de los EE.UU. no brin- da crédito a ningún impuesto condonado por otros países debido al sistema mundial de obligación tributaria.

Desde que el modelo de los EE.UU. está basado en el crédito tributario extranjero y no en el método de la exención (como lo está el OECD), el modelo del OECD resulta siendo más proclive a las negociaciones que podrían conllevar a situaciones de CTS que beneficien a los países LAC.

[180] Compra de tratados tributarios ocurre cuando un contribuyente de un país que no tiene tratado tributario con los EE.UU., busca el auspicio de otro país que tenga un tratado con los EE.UU., o cuando el contribuyente que pertenece a una parte contratante que ya tiene un tratado tributario con los EE.UU. busca un tratado más favorable para propósitos tributarios.

5.4.3 Los Modelos de Convención de la ONU vs. los de EE.UU. y OECD

Los modelos de los EE.UU. y el OECD favorecen a las naciones exportadoras de capital; particularmente el modelo del OECD ha sido diseñado para las negociaciones entre dos países desarrollados.[181] Estos países reducen las tasas tributarias de retención sobre regalías y otra inversión a bajos niveles, reduciendo la renta tributaria del país anfitrión. En contraste, el modelo de la ONU favorece a los países importadores de capital preservando la jurisdicción del país anfitrión a gravar el ingreso, cosa que los modelos de los EE.UU. y OECD no lo hacen.[182]

Además, los modelos de los EE.UU. y el OECD reflejan los intereses de los países que los diseñaron. Los países en desarrollo pueden entrar a las negociaciones bajo estos modelos, pero deben estar prevenidos de los riesgos, intereses y filosofías que estos modelos conllevan. El modelo de los EE.UU. es muy introspectivo y significa poco para la ayuda económica en países en desarrollo. “El modelo del OECD, no sorprendentemente,

[181] William Martin, arriba nota 50 en p. 448.
[182] Ernest R. Larkins, arriba nota 79 en p. 25.

también responde a los intereses de sus países miembros, muchos de ellos son industrializados."[183]

Desde que el modelo de la ONU favorece las naciones importadoras de capital, los países LAC en el ALCA podrían estar deseosos de traer a consideración este modelo en el proceso de negociación con los EE.UU. y Canadá. Sin embargo, hay algunos países, como China, por ejemplo,[184] que usan los elementos de algunos modelos, del OECD y de la ONU, en el proceso de negociación,

aunque ninguno de los modelos acepta explícitamente la cláusula CTS.[185] Consecuentemente, los países LAC podrían similarmente basarse en elementos del modelo de la ONU

[183] Ver Mimi E. Gild, «Tax Treaty Shopping: Changes in the U.S. Approach to Limitation on Benefits Provisions in Developing Country Treaties», 30 Va. J. Int'l L. 553, en p. 595.

[184] "Tratados de China con los países del OECD (excepto los EE.UU.) incluyen un crédito tax-sparing que generalmente considera el monto de impuesto exceptuado bajo leyes tributarias domésticas del país de origen como si fuera pagada para el propósito de computar el crédito tributario extranjero en el país de residencia. En la mayoría de los tratados con países del OECD, el país desarrollado brinda tax-sparing a China. Algunos tratados con países en desarrollo proveen créditos tax-sparing (por ejemplo, aquellos con Ciprus, Kuwait, Malasia, Malta, Pakistán and Tailandia).» Ver Li Jinyan, «Recent Developments of Chinese Treaty Policy." IN Tax Analysts, 2003 WTD 110-12.

[185] Por ejemplo "tratados tributarios de China generalmente se adhieren al modelo OECD con elementos adicionales esbozados por el modelo de las Naciones Unidas. China está particularmente deseoso de negociar la provisión tax-sparing que evita la nulificación de vacaciones tributarias otorgadas a empresas extranjeras." Ver Alex Easson & Li Jinyan, arriba nota 124 en p. 694.

mientras toman en consideración elementos de un diferente modelo (por ejemplo, el de los países asiáticos como se describirá a continuación).

5.4.4 El Modelo Tributario Asiático a la luz de otros modelos:

La Asociación de las Naciones del Sudeste Asiático (siglas en inglés "ASEAN") fue formada el 08 de agosto de 1967 por cinco países miembros originales: Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia. Hay otros estados que se unieron luego, como Brunéi Darussalam el 08 de Enero de 1984; Vietnam, 28 de Julio de 1995; Laos y Myanmar, Julio 23 de 1997; y Cambodia, 30 de Abril de 1999. Esta región tiene una población de 500 millones de habitantes, un área total de 4.5 millones de kilómetros cuadrados, un producto doméstico bruto de $737 billones de dólares y un intercambio comercial de $ 720 billones.[186]

Al final de los ochenta, los esfuerzos de esta asociación hacia la integración económica condujeron a la creación del AFTA (ASEAN Free Trade Area: "Área de libre Comercio del ASEAN") en enero de 1992, con los objetivos de eliminar las barreras tarifarias entre los países del Sudeste asiático e integrar

[186] ASEAN Website, en http://www.aseansec.org/64.htm

las economías de los miembros del ASEAN en un mercado regional.[187]

El modelo tributario de los miembros del ASEAN está basado en la versión del modelo tributario del OECD de 1977 en efecto al tiempo en que el modelo ASEAN fue redactado (1987). Este modelo de los países del ASEAN también contiene algunos elementos del modelo de la ONU.[188] Sin embargo, la principal diferencia entre estos modelos es que el modelo ASEAN contiene explícitamente una provisión tax-sparing en el artículo 23 (3): "Para el propósito de permitir una deducción en contra de un impuesto en un estado contratante, el impuesto pagado en el otro estado contratante deberá considerar como pagado el impuesto que de otra manera debiera ser abonado en el otro estado pero que fue reducido o exceptuado de acuerdo con especiales leyes de incentivo diseñadas para promover el desarrollo económico en aquél otro estado."[189] Adicionalmente, el número de tratados tributarios concluidos entre los miembros del ASEAN es importante.[190] Consecuentemente, el modelo ASEAN no es sólo un importante paso hacia la armonización de

[187] AFTA, A Free Trade Area, in ASEAN website, en http://www.aseansec.org/ viewpdf.asp?file=/pdf/afta.pdf
[188] Ver Edwin Van der Brugge, "Salient Features of the ASEAN Model Tax Treaty", 25 TNI 1227 (Mar. 18, 2002), en p. 3.
[189] 1987 Intra-ASEAN Model Double Taxation Convention, article 23 (3), Lexis Nexis Database, Doc 2000-31082.
[190] Edwin Van der Brugge, arriba nota 187 en p. 2. Ver también Apéndice VI.

los sistemas tributarios en la región del Sudeste, sino también un positivo esfuerzo para expandir el concepto del CTS más allá del Sudeste de Asia.

Finalmente, como fue señalado anteriormente, mientras que los modelos de los EE.UU. y el OECD favorecen los intereses de los países miembros, los modelos de la ONU y ASEAN son más receptivos a los intereses y necesidades de los países en desarrollo en general y los países LAC en particular. "Como un modesto paso hacia la globalización, los modelos tributarios deberían coordinar mejor,"[191] pero desde que este deseo es improbable que ocurra en el futuro cercano, LAC pueden usar los tratados modelo de la ONU y ASEAN en sus negociaciones de tratados tributarios con los países miembros y no miembros del ALCA, al menos hasta que los países LAC puedan coherentemente estructurar su propio modelo de tratado tributario.

5.5 Diferentes Posiciones:

Desde que la posición de los EE.UU. será estudiada extensivamente en esta investigación, es importante referirse ahora a las posiciones del OECD y la ONU.

5.5.1 La Posición del OECD:

[191] Ver John F. Avery Jones, arriba nota 141 en p. 38.

a. *Historia*: El OECD es un grupo de los países más industrializados y económicamente más poderosos en el mundo. Juntos, monopolizan la producción de los bienes del mundo y el reparto del capital y los recursos.

Estas naciones son importantes en la economía mundial, capaces de influenciar su posición monopólica en los asuntos del mercado mundial.[192] Está calculado que las dos-terceras partes de los bienes y servicios del globo son producidos por las naciones miembros del OECD.[193]

El OECD ha publicado tres modelos de tratados tributarios: 1) El Modelo de Convenciones Tributarias sobre el Ingreso y Capital de 1963, incluyendo un comentario al artículo 23. 2). El Modelo de Convención sobre Doble Tributación sobre Ingreso y Capital de 1977; y 3). El Modelo de Convención Tributaria sobre Ingreso y Capital, publicado en 1992 y modificado en 1994, 1997 y 2000. Los miembros del OECD han incluido provisiones tax-sparing en sus tratados desde los sesenta y setenta.

El comentario a los artículos 23 (A) y 23 (B) concerniente a los métodos para evitar la doble tributación del Modelo de Convención sobre Doble Tributación de 1963, se

[192] Ver Alexander Townsend, Jr., arriba nota 6 en p. 252.
[193] Ver Alexander Townsend, Jr. idem, Ver nota 15 en p. 258.

refiere explícitamente a las provisiones tax-sparing,[194] pero esta carencia de referencia explícita al CTS no implica una condena.

b. <u>El Reporte Tax-Sparing</u>: El OECD emitió un reporte[195] en 1998 "con el fin de desarrollar un posición más coherente en la dación y diseño de las provisiones tax-sparing."[196] Contrario a la opinión de ciertos estudiosos, el reporte del OECD no constituye una condena del crédito tax-sparing,[197] simplemente mantiene el "status quo" porque «el análisis de este reporte no sugiere que el OECD y otros países que tradicionalmente han

---

[194] Ver OECD, DRAFT DOUBLE TAXATION CONVENTION ON INCOME AND CAPITAL, 149, Report of the OECD Fiscal Committee, Paris, 1963. «(47) En ciertos casos un Estado, particularmente un estado que es comúnmente referido como un estado subdesarrollado, puede, por particulares razones brindar concesiones a los contribuyentes, ejemplo, soluciones a los incentivos tributarios para estimular la industria. En una forma similar, un Estado puede exceptuar de gravar ciertas clases de ingreso, por ejemplo, pensiones a los soldados heridos en guerra. Cuando tal estado concluye una convención con un estado que aplica el sistema de la exención, ninguna restricción surge acerca del remedio otorgado a los contribuyentes, porque el otro estado debe dar exención a pesar del monto del impuesto, si alguno, impuesto en el estado anfitrión. Pero cuando el otro estado aplica el sistema de crédito la concesión es anulada, tanto que otro estado permitirá una deducción sólo del impuesto pagado en el estado anfitrión. Adicionalmente, por razón de las concesiones, que el otro estado asegura cuando puede ser llamado una ganancia libre para su propio tesoro público."

[195] OECD, "TAX SPARING. A Reconsideration", OECD, Paris-France, 1998.

[196] OECD, "Tax Sparing Report", idem en p. 3.

[197] "El reporte el OECD sobre tax-sparing no condena el tax-sparing; al contrario, el reporte aprueba el tax-sparing y solamente busca proveer ciertas líneas al tax-sparing." Ver Damian Laurey, arriba nota 2 en p. 469.

brindado tax-sparing deberían necesariamente de cesar de hacerlo… podría ser ahora el tiempo apropiado para considerar cómo los países miembros del OECD trabajando juntos con los países no miembros pueden desarrollar una posición más coherente hacia el ofrecimiento del tax-sparing."[198]

Aunque los documentos del OECD representan solo meras guías, la Corte de los EE.UU. para Reclamos Federales sobreestimó su valor en el caso entre el Reino Unido y los EE.UU.,[199] donde la Corte usó los comentarios del Modelo de Convención Tributaria sobre Ingreso y Capital del OECD[200] de 1963 para interpretar el artículo 7 del tratado tributario entre Reino Unido y los EE.UU. (que fue basado en la Convención Modelo de 1963), concluyendo que la regulación americana fue inconsistente con el tratado tributario, y por ende el demandante fue acreedor a un reembolso por parte del tesoro de los

[198] OECD. "TAX SPARING Report", arriba nota 43 en p. 42 (emphasis added).
[199] "Una corporación del Reino Unido comprometida en la actividad bancaria demanda para recobrar impuestos por el ingreso pagados por sus filiales americanas en transacciones crediticias entre filiales. En las peticiones por juicio sumario, el juez de la Corte de Asuntos Federales, Turner, J., sostuvo que la aplicación de la regulación del tesoro gobernando deducciones a las compañías extranjeras a filiales americanas de la corporación bancaria del Reino Unido, violó la Convención para la Prevención de la Doble Tributación, como regulación es inconsistente con el tratamiento de «entidad separada» proveído por el artículo 7 de la Convención. La posición del demandante es fundada; posición del demandado denegada." Ver National Westminster Bank v. United States of América, 44 Fed. Cl. 120 (1999).
[200] Ver OECD, DRAFT, arriba nota 193 en p. 149.

EE.UU.[201] Para Damián Laurey[202] "esta confianza en los materiales del OECD es particularmente importante dada la adopción de los EE.UU. de su propio modelo tributario."[203]

Aunque el Reporte del OECD sobre Tax-Sparing intenta combatir el crédito tax-sparing, fracasa rotundamente. Este reporte tiene muchas inexactitudes;[204] por ejemplo, mientras que el OECD reconoce que la distinción tradicional entre "países desarrollados y en desarrollo" es incorrecta[205], su análisis económico final está basado en una similar e inexacta distinción entre países miembros del OECD y no miembros,[206] en vez de adoptar la nueva distinción de «países más desarrollados y menos desarrollados."

---

[201] "El material explicativo inicial del Documento del OECD y los comentarios en el anexo Il son importantes y útiles en determinar el probable mutuo entendimiento de países que usaron el documento como base para un tratado tributario. Esta fue la intención de los redactores del documento del OECD. Por ende, material explicativo en el documento del documento del OECD es apropiado para uso en la definición del probable intento de los países al adoptar tratados basados en ellos." Ver *National Westminster Bank v. United States of América*, 44 Fed. Cl. 120 (1999).

[202] Damian Laurey, arriba nota 2 en p. 476.

[203] U.S. Model Income Tax Convention, 1996, disponible en http://www.ustreas.gov/offices/tax-policy/library/model996.pdf

[204] Al describir los abusos evidenciados con Nueva Zelanda, el OECD dijo: «Sospechamos que el deudor y acreedor en el país en desarrollo era la misma entidad o entidades asociadas." (Idem, en 75), o "durante una auditoría de una institución financiera internacional, descubrimos correspondencia confirmando que el esquema estaba siendo usado en Asia." (Idem, en 70).

[205] OECD. "Tax Sparing Report", arriba nota 43 en p. 10.

[206] OECD. Idem en pp. 3, 22, 42.

Adicionalmente, el OECD[207] desafía la básica asunción del CTS, que es que sin este crédito el incentivo tributario otorgado por el país anfitrión será percibido por el tesoro del país de origen, exponiendo dos principales argumentos:

a) La repatriación del ingreso extranjero de países con baja tributación o sin tributación permite a los inversionistas a usar créditos por "el exceso" de tributos ya pagados con respecto a otra inversión altamente gravada.

b) Una larga porción de las ganancias de las compañías nunca son distribuidas como dividendos, pero reinvertidas en el país de origen o en el extranjero.

Estos argumentos no podrían ser precisamente exactos. El primer argumento descansa en el "crédito cruzado" como una opción; sin embargo, este mecanismo ha acarreado también algunos abusos que fueron asumidos, por ejemplo, por el gobierno del Reino Unido lidiando con "compañías mixtas." En la Ley de Finanzas de 1997, el Parlamento Inglés aprobó leyes para evitar la utilización abusiva de estas compañías más allá de los límites permitidos.[208]

El segundo argumento supone que las ganancias no son repatriadas al país de origen como dividendos, sino como una

[207] OECD, idem en p. 24.
[208] OECD, idem en pp. 24-25.

reinversión de capital que impide al tesoro doméstico percibir el impuesto condonado por el país anfitrión. Sin embargo, aún si ello pueda ocurrir en el corto tiempo, no pasaría en el mediano o largo plazo, especialmente cuando las futuras transacciones de esos capitales podrían acarrear eventos tributarios y, de acuerdo con ello, una percepción indirecta por el tesoro doméstico de tal impuesto previamente condonado. De manera que cuando el CTS no es otorgado, el impuesto condonado será siempre percibido por el tesoro del país de origen bien directa o indirectamente, bien inmediata como mediatamente, tornando los argumentos del OECD no realistas.

Adicionalmente, la principal racionalidad política del OECD es la construcción de una posición más coherente rumbo a la dación del CTS, y para alcanzar tal objetivo, el OECD ha considerado algunas recomendaciones que constituyen simples guías de sentido común que aún el más ardoroso propulsor del tax sparing podría sugerir."[209]

1) Inserción de medidas en tratados tributarios para restringir la habilidad de los países anfitriones de cambiar unilateralmente la tasa del impuesto asumido como pagado.[210]

[209] Damian Laurey, arriba nota 2 en p. 478.

[210] OECD. "Tax Sparing Report", arriba nota 43, en p. 32.

2) Insertar cláusulas "sunset" (limitaciones de tiempo)[211] en las provisiones tax-sparing.[212]

3) Limitar la aplicabilidad de la provisión tax-sparing a ciertas actividades específicas.[213]

4) Incluir cláusulas antiabuso o sujetar la cláusula tax-sparing en el tratado a reglas domésticas antiabusos ya existentes.[214]

5) El tax-sparing debería ser considerado sólo en países cuyo nivel económico es considerablemente menor que los países miembros del OECD. Algunos países usan un criterio objetivo, tal como Japón que usa el sistema de graduación del Banco Mundial.[215]

No obstante, ciertas inexactitudes e inconsistencias de este reporte, estas recomendaciones, que no son más que guías de sentido común, deberían ser tomadas en consideración para alcanzar el objetivo referido que es la construcción de un tejido más coherente hacia la dación del CTS.

---

[211] La aplicación del crédito tax-sparing usualmente es limitado a un periodo de 10 años en los tratados tributarios con Yugoslavia, pero dicho periodo podría ser extendido. Ver Ilic-Popov, Gordama. "Serbia and Montenegro Expand Tax Treaty Network", in Worldwide Tax Daily, January 12, 2004 WTD 7-11.
[212] OECD. "Tax Sparing Report", arriba nota 43 en p. 33.
[213] OECD, Idem en p. 36.
[214] OECD, Idem en p. 37.
[215] OECD, idem en pp. 33 and 43.

c. <u>Valor de los Reportes del OECD</u>: Como está referido en el punto anterior, el valor del reporte del OECD sobre el tax-sparing es sólo el de simples guías, a modo de propuestas de sentido común. Adicionalmente, otros reportes del OECD tienen poco valor o autoridad; por ejemplo, el Reporte de la Competencia Tributaria Dañina[216] que fue aprobado con la abstención de dos principales países miembros: Luxemburgo y Suiza.[217]

En la declaración de Luxemburgo, estuvo establecido que el OECD estaba tratando de tomar una posición unilateral: "El Reporte da la impresión de que su propósito no es el de combatir la competencia tributaria dañina donde exista, sino abolir el secreto bancario."[218] Similarmente, Suiza formuló que: "es legítimo y necesario proteger la confidencialidad de la información personal. En este respecto, el Reporte y Recomendaciones están, en ciertos aspectos, en conflicto con el sistema legal suizo."[219] Entre estas dos abstenciones, la de suiza es la más fuerte ya que Suiza consideró la posibilidad del veto: "Después de haber seriamente considerado la posibilidad de ejercitar su veto, Suiza decidió finalmente abstenerse cuando el

[216] OECD. "Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue", París, 1998. (De aquí en adelante: Harmful Tax Competition Report).
[217] OECD, idem en pp. 3, 65, 73-78.
[218] OECD, idem en p. 74.
[219] OECD, idem en p. 77.

Reporte y las Recomendaciones sean adoptadas, con el fin de prevenir la adopción de otros países miembros del OECD deseosos de hacerlo."[220]

Estas declaraciones muestran el nivel de importancia que el Reporte del OECD sobre Competencia Tributaria dañina representa. A la luz de ello, este reporte no ana- liza algunos incentivos tributarios diseñados a atraer la inversión en planta, equipo y edificios.[221]

También este reporte es demasiado centrado en sí; no explora medidas extratributarias para contrarrestar las distorsiones fiscales.[222] Además, este reporte trae la visión de sus propios miembros y no representa la perspectiva de los países no miembros.[223] Sin embargo, el mismo reporte estimula un diálogo con países no miembros para tratar de hacerlos adoptar estas medidas.[224] Ciertamente, este ejercicio coercitivo

[220] OECD, idem en p. 78 (énfasis otorgado).
[221] OECD, idem en p. 8.
[222] OECD, idem en p. 62.
[223] "Desde que es generalmente considerado difícil para países individuales combatir efectivamente el crecimiento de regímenes tributarios preferenciales dañinos, una perspectiva coordinada, incluyendo un diálogo con países no miembros, es requerido para alcanzar un nivel adecuado que es esencial para la continua expansión del crecimiento económico global.» Ver OECD "Harmful Tax Competition Report", arriba nota 15 en p. 56.
[224] El objetivo es "establecer un diálogo con países no miembros, consistente con la política de la organización, con el fin de asistir a estos países a familiarizarse con el análisis y conclusión del reporte y, cuando sea apropiado, para estimularlos a asociarse con las recomendaciones expresadas

debe ser substituido por un franco diálogo en una base bilateral en el marco de una negociación de intereses.[225]

En adición, los reportes del OECD son centrados en sí, vagos e imprecisos. En la determinación de si una jurisdicción tiene una tasa tributaria apropiada, opuesta a una baja o nominal tasa, "el Reporte de 1998 falla en proveer una figura exacta o tasa tributaria que podría ser considerada apropiada.[226] Ambos, el reporte del OECD sobre tax-sparing y el otro reporte del OECD sobre Competencia Tributaria Dañina, no consideran importantes Situaciones tales como los posibles méritos del sistema de la exención en un país de origen o la posición de los tradicionales países en desarrollo, cuya consideración en el mercado mundial es de gran magnitud.[227]

5.5.2 La Posición de la ONU

El grupo de la ONU expresó un fuerte espaldarazo al CTS; sin embargo, el modelo de la ONU del 2001 no brega explícitamente con la provisión tax-sparing. Los expertos están

---

en nuestro reporte..." Ver OECD. Harmful Tax Competition Report, arriba nota 15 en p. 66.

[225] "Los reportes de 1998 y del 2000 sobre competencia tributaria, marcan una solución coercitiva que se aparta de los remedios fiscales tradicionales. Las provisiones substantivas de estos reportes son vagas y subjetivamente reflejan el interés exclusivo del OECD. Además, el éxito de los esfuerzos del OECD resultarán entorpeciendo el crecimiento económico global." Ver Alexander Townsend, Jr. arriba nota 6 en p. 251.

[226] Alexander Townsend, Jr. arriba nota 6 en pp. 255-6.

[227] Karen B. Brown, "Harmful Tax Competition: The OECD View", 32 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 311, en p. 313.

divididos en sus opiniones acerca de este tópico;[228] este dilema es explicado porque algunos países ricos, en teoría, no favorecen las provisiones tax-sparing debido a los abusos percibidos: 1) El tax-sparing envuelve sistemas tributarios en un programa de incentivos tributarios; 2) produce inequidad en el tratamiento de sus inversionistas; 3) une la asistencia del incentivo automáticamente a la estructura tributaria del país anfitrión, reduciendo los impuestos del país de residencia, si el país anfitrión usa incentivos tributarios, pero no si es que usa una tasa tributaria corporativa generalmente menor;[85] 4) potencial para estimular la evasión fiscal.[229]

A pesar de estas consideraciones, que deben ser tomadas con seria consideración, "países más y menos desarrollados" consideran las provisiones tax-sparing en sus tratados tributarios, algunas veces siendo totalmente o parcialmente brindada, mientras que otros países buscan algunas soluciones a los abusos experimentados (como el caso de Nueva Zelanda).

---

[228] Bart Kosters. "The UN Model Tax Convention and Its Recent Developments", 15, Asian Development Bank (ADB), en http://www.adb.org/Documents/Events/2003/Tax_Conference/text_kosters.pdf

[229] Guido Bertucci, «Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries», 4, United Nations, ST/ESA/PAD/SER.E/37, Department of Economic and Social Affairs-Division for Public Administration and Development Management, New York, 2003, en http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan008579.pdf

Aquellos abusos, de otra parte, no son patrimonio exclusivo de la práctica del CTS, sino también de los incentivos tributarios. La idea de que la Organización Mundial del Comercio pueda liderar la abolición de muchos incentivos tributarios, no está reflejada en la realidad.[230] Por ende, aún si el Modelo Tributario de la ONU no incluye la provisión CTS en su propio texto, los países incluyen aquel mecanismo en la práctica cuando celebran tratados tributarios.

La Cámara Internacional del Comercio (en inglés "International Chamber of Commerce" ICC), en contraste, ha sugerido incluir la provisión CTS en el artículo 23B del modelo de la ONU, porque el actual artículo tiene el efecto dañino de transferir el beneficio de un incentivo tributario -diseñado por el país menos desarrollado- al tesoro del país de origen del inversionista en vez de beneficiar al inversionista extranjero.

"La Cámara Internacional de Comercio podría también encomendar que las reglas del crédito tributario extranjero sean estructuradas en tal sentido que los impuestos extranjeros puedan efectivamente ser acreditados (por ejemplo, por un método completo y/o un sistema de crédito hacia adelante).[231]

---

[230] Ver Apéndices I-VI.

[231] International Chamber of Commerce, "U.N. Model Tax Convention. The revision of the UN Model Tax Convention between developed and developing countries and related issues", point 11, Commission on Taxation, Document n° 180/402, 24 November 1995, en

Finalmente, actualmente el CTS ha roto las barreras del tradicional binomio país desarrollado-país en desarrollo, y es, en vez, una herramienta usada por todos los países anfitriones que buscan prevenir nulificar sus programas de incentivos tributarios por el tesoro del país de origen; sin embargo, la mayoría de estos países anfitriones negocian el CTS bajo bases recíprocas con el país de origen del inversionista. Evidentemente, las guías diseñadas por el OECD y otras organizaciones deben ser consideradas por los países LAC en el proceso de negociación de sus tratados tributarios con los miembros del ALCA y países no miembros también, con el fin de evitar riesgos y abusos colaterales, y teniendo los modelos de la ONU y los países asiáticos como una referencia, por ser más beneficioso para ellos.

http://www.iccwbo.org/home/Statements_rules/Statements/1995/ revision _un_model_tax_convention_developed _and_developing_ countries.asp

6. La Posición de los EE.UU.: Inconsistencias en la Política en contra del Crédito Tax-Sparing:

6.1 La regla del último en el tiempo:

El sistema de los EE.UU. no es un sistema basado en un principio territorial de tributación,[232] sino en uno global.[233] Los tratados tributarios de los EE.UU. tienen igual rango que las leyes federales, por debajo de la Constitución de los EE.UU., de acuerdo al artículo VI, sección 2 de la Constitución de los EE.UU.[234] Ello significa que tratados internacionales no

[232] IRC § 61 (a) "...ingreso neto significa todo ingreso derivada de cualquier fuente..." disponible en http://www.fourmilab.ch/ustax/www/t26-A-1-B-l-61.html.

[233] Ver también la regla: "...las bases del poder para gravar tributos no fue y no puede ser hecha dependiente del lugar de la propiedad en todos los casos, estando dentro o fuera de los EE.UU., ni ha sido ni puede estar dependiendo en el domicilio del ciudadano, pero sí sobre su relación como ciudadano con los EE.UU. y la relación de este último con él como ciudadano. La consecuencia de las relaciones es que el ciudadano natural que es gravado puede domicilio, y la propiedad de donde su ingreso es derivado puede estar situado, en un país extranjero y ser el impuesto legal-teniendo el gobierno el poder de gravar los impuestos" in *Cook v. Tait*, 265 U.S. 47 (1924).

[234] "Esta constitución, y las leyes de los Estados Unidos que deben ser hecha al respecto; y todos los tratados firmados, o que deberán serlo, bajo la autoridad de los EE.UU., deberán ser la ley suprema del territorio; y los jueces en cada estado deberán estar obligados en cada estado, a la

tributarios (como el ALCA) u otros tratados bilaterales tributarios (con miembros del ALCA, por ejemplo) conflictúan con la ley doméstica de los EE.UU., luego los tratados pue-den ser derogados por la ley federal, de acuerdo a la regla del último en el tiempo.[235]

6.2 Los Subsidios Comerciales Ilegales de los EE.UU.: "Domestic International Sales Corporations (DISCs) and Foreign Sales Corporations (FSC)"

En 1971 las reglas para las corporaciones domésticas realizando negocios en el exterior (DISC) proveyeron un explícito estímulo a las exportaciones. El Disc era una entidad exenta del pago de impuestos. Parte de ese ingreso era gravado a sus accionistas, distribuido o no, y otras partes no eran gravadas hasta ser distribuidas como dividendos. "Además, debido a que las ganancias con tributación diferida podían ser prestadas al productor de bienes vendidos por el Disc (típicamente la corporación principal) e invertida en otras propiedades relacionadas a las actividades de exportación, la

Constitución y las leyes." US CONST. art. VI, §2, disponible en http://caselaw.lp.findla/dena/constitution/article06/

[235] Ver *Whitney v. Robertson*, 8 S.Ct. 456, U.S. 1888, en http://teaching.law.cornell.edu/faculty/drwcasebook/docs/Whitney%20v.%20Robinson.edited.pdf. Donde se sostuvo que cuando una ley del Congreso conflictuaba con un tratado previo, la ley prevalecía.

distribución de estas ganancias podrían frecuentemente ser aplazadas indefinidamente."[236] El régimen DISC provocó quejas de otros países en el sentido de que proveyó injustos subsidios de exportación inconsistentes con el Acuerdo General de Tarifas y Comercio (GATT: General Agreement on Tariffs and Trade). El argumento es que las reglas DISC proveyeron un método diferido de tributación indefinido sin intereses. Un panel de expertos del GATT y una mayoría de los miembros del concejo del GATT sostuvieron este argumento.[237] La Comunidad Europea (en inglés European Community "EC") requirió permiso del concejo para tomar acción de venganza pero el Congreso de los EE.UU. aceptó las condiciones en el interés de una mejor solución de la disputa; sin embargo, el Congreso de los EE.UU. no encontró los argumentos del concejo del GATT persuasivos y creyó que la Comunidad Europea no probó suficientemente el daño resultante de las exportaciones DISC.[238]

En 1984, el Congreso de los EE.UU. respondió a estas quejas al reemplazar las reglas DISC con un nuevo grupo de reglas al crear las Corporaciones de Ventas en el Exterior (en

[236] Boris I. Bittker & Lawrence Lokken, arriba nota 152 en p. 68-3.

[237] Boris I. Bittker & Lawrence Lokken, idem en p. 68-6.
[238] Boris I. Bittker & Lawrence Lokken, idem.

inglés: "Foreign Sales Corporation": FSC). Una FSC es básicamente una subsidiaria de una corporación doméstica que elige ser tratada bajo las reglas FSC. Parte del ingreso FSC procedente de las exportaciones de bienes producidos en los EE.UU. están exentos de tributación en los EE.UU. Corporaciones domésticas que tienen acciones de FSC están "autorizadas a un 100% de deducción de dividendos recibidos por concepto de dividendos pagados por el FSC en su ingreso por comercio exterior. Como resultado, ni el FSC ni los accionistas de la corporación doméstica pagan ningún impuesto americano sobre la porción exenta del ingreso comercial foráneo, y la porción no exceptuada de este ingreso es gravada sólo una vez."[239]

Las provisiones FSC son sucesoras de las reglas DISC. "La sustitución de FSC por DISC fue hecha principalmente para satisfacer las quejas de los socios comerciales de los EE.UU. en que las reglas DISC violaron las provisiones del GATT que prohibían subsidios a las exportaciones."[240] El Código Tributario de los EE.UU. tiene un grupo de reglas para la exención del ingreso comercial extranjero que es básicamente el ingreso bruto de un FSC atribuido al ingreso bruto comercial extranjero.[241] Si las reglas DISC produjeron la queja de los

[239] Boris I. Bittker & Lawrence Lokken. idem en p. 68-3.
[240] Boris I. Bittker & Lawrence Lokken. idem en p. 68-10.
[241] IRC§ 923 (b).

miembros del GATT, las reglas del FSC (igual sustancia, diferente etiqueta) conllevaron también la queja de la Unión Europea (EU) en un caso revisado por el Cuerpo de Apelaciones de la Organización Mundial del Comercio (en sus siglas en inglés: WTO, World Trade Organization)[242], donde fue sostenido que las exenciones tributarias FSC envolvían subsidios contingentes para la exportación que estaban prohibidos por el artículo 3.1. (a)[243] del Acuerdo sobre Medidas de Subsidios y Compensaciones.

El Cuerpo de Apelaciones sostuvo que los EE.UU. nunca invocó la justificación para evitar doble tributación. "Los Estados Unidos no indicó que, en su argumento substancial al Panel, estaba justificado la medida FSC como una medida para evitar la doble tributación en el pie de página número 59. Ni tampoco encontramos una indicación en el Panel que los EE.UU. haya invocado esta justificación. Concluimos, por ende, que los EE.UU. no refirió, mucho menos argumentó, ante este Panel que la medida FSC es una medida para evitar doble

[242] "United States-Tax Treatment for Foreign Sales Corporations." WT/DS108/AB/R. Appellate Body Report adopted by the DSB on March 20, 2000.

[243] SCM § 3.1 Excepto por lo proveído en el Acuerdo sobre Agricultura, los siguientes subsidios, dentro de la lógica del artículo 1, deberán ser prohibidos: a) subsidios contingentes, de hecho o de derecho, estando aisladamente o como una de muchas condiciones, bajo el desarrollo de las exportaciones.

tributación del ingreso de fuente extranjera en el pie de página cincuenta y nueve."[244]

La Unión Europea solicitó al panel del WTO aplicar medidas "vengativas" en contra de los EE.UU. por cinco billones de dólares al año. EE.UU. confió en el arbitraje y el árbitro decidió que el monto de las contramedidas propuestas por la Comunidad Europea en este caso era "apropiada"[245] en el sentido del artículo 4.10 del Acuerdo sobre Medidas sobre Subsidios y Compensaciones (en inglés: "Subsidies and Countervailing Measures Agreement": SCM).[246] El Congreso de los EE.UU. revisó la mejor manera de cumplir con esta regulación[247] y promulgó la Ley Americana de Creación de Empleos del 2004 que repelió el FSC/ETI (en inglés: "Foreign Sales Corporation / Extraterritorial Income").[248]

---

[244] John H. Jackson, William J. Davey, Alan O. Sykes, arriba nota 132 en pp. 791-799.

[245] Para mayor información acerca de la decisión del árbitro, ver Apéndice VII.

[246] SCM § 4.10: en el caso de que la recomendación no sea seguida dentro de un período específico de tiempo por el panel, que debe ser computado desde el día de adopción del reporte del panel o el reporte del cuerpo de apelaciones, el DSB deberá autorizar al miembro quejoso a tomar apropiadas medidas en contra, a menos que el DSB decida por consenso rechazar el requerimiento.

[247] "The WTO and U.S. Tax Policy, International Tax, The Tax Foundation", disponible en http://www.taxFoundation.org/Internationaltax.html (n.d.).

[248] Ver "CCH Tax Briefing: American Jobs Creation Act of 2004." A Special Report. October 11, 2004, disponible en http://tax.cchgroup.com/tax-briefings/2004-Jobs-Creation-Act.pdf

Es obvio que, en el proceso de negociación del ALCA, y en una eventual negociación sobre tratados tributarios dentro del ALCA, los EE.UU. no cederá a las demandas de los países menos desarrollados (países Latinoamericanos) que piden un tratamiento más justo a través de la dación del CTS. Este punto demuestra cómo la política de los EE.UU. aplica una doble moral: suave política por dentro, por medio de las reglas DISC/FSC para sus propias compañías; y un tratamiento rudo para el exterior, cuando niega las reglas CTS a las compañías bregando en países en desarrollo.

6.3 Una Discusión Renovada

La discusión sobre el crédito "tax sparing" (CTS) en los Estados Unidos se ha renovado por la dificultad que los EE.UU. enfrenta en concluir tratados tributarios con países en desarrollo.[249] Ello es debido a su negativa de brindar créditos

[249] En el caso de Sub-Saharan Africa, ver Karen B. Brown, «Missing Africa: Should U.S. International Tax Rules Accommodate Investment in Developing Countries?" 23 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 45, pp. 78-9. En el caso de Israel, ver Gordon Empeyh, "Transnational Taxation of Foreign Investments in Israel», 11 Int'l Tax & Bus. Law. 116, p. 120.En el caso de México, ver Tomas Anthony Clayton, Jose Humberto Diaz-Guerrero & Jose Trinidad Garcia-Cervantes, "Foreign Investment in México: México Welcomes Foreign Investors", 12 Chicano-Latino L. Rev. 13,pp. 29-30; en el marco del NAFTA ver Antonio Mendoza. "International Business Planning. Policy and Procedure" West Group, Minnesota, 2001, p.144.

«tax-sparing» (impuestos condonados),[250] a pesar de la presión de muchos grupos financieros.[251]

Por ejemplo, la insistencia de Brazil en adoptar este mecanismo ha significado un largo período de negociaciones sobre tratados tributarios por más de 40 años con los EE.UU.[252]

---

[250] Históricamente el Tratado Tributario U.S.-Pakistán propuso en los 50's el controversial articulo XV (1): "Para los propósitos de este crédito se deberá considerar haberse pagado por una compañía doméstica de los EE.UU. el monto por el cual el tributo Pakistaní (aparte del tributo por las ganancias comerciales) haya sido reducido bajo las estipulaciones de la sección 15B de la Ley de Tributación sobre el Ingreso, 1922 (XI de 1922) como en efecto consta al día de suscripción de la presente Convención: Proveído, que cualquier extensión hecha por ley del período dentro del cual una empresa industrial podría establecerse o iniciada para obtener la reducción proveída en la sección 15B deberá ser tenida en efecto al día de subscripción de la presente Convención." Tratado Tributario entre U.S.-Pakistán de 1957 (día de publicación: Julio 1ro, 1957; fecha efectiva: Mayo 21, 1959/Enero 1ro, 1959), bajo el siguiente añadido escrito por el Presidente Eisenhower: "Y mientras el Senado de los Estados Unidos de América por su resolución del 9 de Julio de 1958, dos terceros de los Senadores presentes concurrentes, aconsejan y consiente en la reunificación de la mencionada convención" sujeto a la reservación, que será acordada por la otra parte contratante antes que las ratificaciones sean intercambiadas, que la segundo oración del párrafo 1 del Artículo XV no será ratificado"; y donde el texto de la mencionada reservación sea comunicada por el Gobierno de los Estados Unidos de América al Gobierno de Pakistán y sea acordado por el Gobierno de Pakistán." Ver "Treaties & International Agreements", Lexis Nexis Database.

[251] El Crédito tax-sparing fue rechazado en Tratado tributarios con India (1959), Israel (1960), Egipto (1960), Tailandia (1965), Brazil (1967), Trinidad y Tobago (1970) and la República Árabe Unida. Ver Damian Laurey, «Reexamining U.S. Tax Sparing», 20 Va. Tax Rev. 467, notas 29 y 44 en p. 497.

[252] Deborah Toaze. "Tax Sparing: Good Intentions, Unintended Results", pp. 880-881, Vol. 49, No. 4 / no 4 CANADIAN TAX JOURNAL (2001), en p. 916, disponible en http://www.ctf.ca/pdf/ctjpdf/2001ctj4_toaze.pdf

Este lento progreso de los EE.UU. en su red de tratados tributarios es debido a su negativa[253] de brindar la estipulación sobre créditos tax-sparing,[254] en contraste con el progreso enraizado alcanzado por Canadá, las naciones europeas,[255] Japón,[256] África del Sur,[257] Suecia[258] y los países[259] del Asia.[29] Consecuentemente, la red de tratados tributarios estadounidense no es tan extensa como lo es la de los otros países desarrollados.[260]

---

[253] Ver Marin, Juliann, "U.S. Tax Treaty Update", in Tax Analysts, September 3, 1997, 97 TNT 170-4.

[254] Por ejemplo, los Estados Unidos no tiene un Tratado tributario pleno con Singapur debido a su negativa de brindar créditos tax-sparing. La convención con Tailandia, de otro lado, ha estado en negociaciones por veinte años debido al problema del "tax-sparing" propuesto por Tailandia (Jonathan W. Leeds. "The Income Tax Treaty Between The United States and Thailand: An Overview and Analysis. Siam Global Associates, Thailand, disponible en http://www.sgalegal.com/guide/tax.html).

[255] Ver apéndices I, II and Ill.

[256] Ver Aldo Forgione. "Weaving the Continental Web: Exploring Free Trade, Taxation, and the Internet", 9-SUM L. & Bus. Rev. Am. 513, en p. 527.

[257] Peter Surtees. "South Africa Ratifies Income Tax Treaty with People's Republic of China", Deneys Reitz Inc. Publicado en Worldwide Tax Daily, 22 de Mayo del 2001, en http://www.deneysreitz.co.za/news/news.asp?ThisCen=5&Thisltem=79

[258] "Suecia se enorgullece en tener uno de los más amplios tejidos tributarios en el mundo... otra razón para el relativamente alto número de tratados tributarios ha sido la disposición de Suecia a cumplir con las demandas de los países en desarrollo, particularmente por el tax sparing (o crédito parejo; término usado en Suecia)." Ver Tax Analysts, Worldwide Tax Daily, March 15, 2004 WTD 50-8.

[259] Ver "The 1987 Intra-ASEAN Model Double Taxation Convention", article 23 (3), Lexis Nexis Database, Doc 2000-31082.

[260] Ver Aldo Forgione, arriba nota 256 en p. 527.

Se puede argüir que los EE.UU. tiene tanto derecho de negar los CTS como los países en desarrollo tienen el de brindar incentivos tributarios a compañías extranjeras; sin embargo, un prudente balance entre los intereses del país de origen y el país anfitrión (donde la compañía realiza negocios en el extranjero) debe ser considerado para incorporar el crédito tax-sparing dentro de una negociación "ganador-ganador" que beneficie a ambas partes del tratado tributario.[261]

Los Estados Unidos está confrontado con muchos dilemas. Uno de ellos es que todos los países de la Organización para el Desarrollo y la Co-Operación Económica (OECD en sus siglas en inglés),[262] y de hecho la mayoría de los países del mundo, incluyendo países más y menos desarrollados, tienen estipulaciones del CTS[263] en sus tratados tributarios.[264]

---

[261] Ver Robert J. Peroni, "Response to Professor McDaniel's Article", 35 Geo. Wash Int'l L. Rev. 297, p. 302.

[262] OECD (Organization for Economic Corporation and Development) Convención Modelo con Respecto a Impuestos Sobre la Renta y Capital, 28 de Enero del 2003,en http://www.oecd.org/denaoecd/52/34/1914467.pdf.Los siguientes países son miembros del OECD: Australia, Austria, Bélgica, Canadá, la República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, la República de Korea, Luxemburgo, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, Eslovaquia, España, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido y los Estados Unidos de América. La Comisión de la Unión Europea participa en el trabajo del OECD.

[263] Ver Alexander Townsend, Jr., arriba nota 6 en p. 252.

[264] Ver OECD "Tax Sparing Report", arriba nota 43 en pp. 19-20.

Por lo tanto, cualquier acción individual para contrarrestar el CTS será inútil porque la situación no será solucionada sino tan solo removida o desplazada, provocando que los inversionistas emigren a otro lugar donde la legislación tributaria sea más benigna.[265]

Como la mayoría de los países del mundo aprueban el CTS, los EE.UU., actuando solo, no puede eliminarlo. Aún si un boicot en contra del CTS pueda ser estructurado por los EE.UU., tal intento podría ser visto como un "hegemónico esfuerzo para frenar el crecimiento del mundo en desarrollo y podría dañar las relaciones internacionales", en particular, las relaciones entre los países Latinoamericanos y el Caribe con los EE.UU.[266] Adicionalmente, un boicot multinacional liderado por los EE.UU. es improbable que ocurra, por tanto, los EE.UU., actuando solo, no puede liderar una guerra exitosa en contra del CTS.[267]

Además, la estipulación del CTS en tratados tributarios bilaterales siempre ha constituido un tema en las negociaciones sobre tratados internacionales tributarios de los EE.UU. Antes de 1976, los EE.UU., tenía tratados tributarios con solo Pakistán

---

[265] Ver OECD, "Harmful Tax Competition Report", arriba nota 15 en p. 52.
[266] Damian Laurey, arriba nota 2 en p.486.
[267] "Los Estados Unidos, actuando solo, avanza con un quijotesco movimiento internacional para establecer leyes domésticas que prohíban tax-sparing." Ver Damian Laurey, idem pp. 469-70.

y Trinidad y Tobago;[268] siguiendo el desenvolvimiento del Modelo Americano de tratados de 1977, EE.UU. entró en negociaciones con otros países en desarrollo; sin embargo, este modelo tributario no refleja las inquietudes de los países en desarrollo.[269]

6.4 Argumentos en Contra del CTS (Crédito Tax-Sparing)

Algunos de los argumentos elaborados por investigadores que apoyan el crédito tax-sparing, están brevemente reseñados en los siguientes párrafos:

a) Competitividad: Las compañías de los EE.UU. tienen una desventaja operativa en el extranjero debido a la carencia de provisiones C15 en los tratados tributarios de los EE.UU. con los países extranjeros, cosa que impacta negativamente a la economía de los EE.UU.[270] "Puede haber poca duda de que la introducción de los créditos tax-sparing en los EE.UU. podría ser beneficial para los inversionistas multinacionales de los EE.UU. porque los créditos podrían reducir la carga tributaria total sobre cierto ingreso de fuente extranjera."[271]

---

[268] Ver Mimi E. Gild, arriba nota 182 en p. 586.
[269] Ver Mimi E. Gild, idem pp. 586-587.
[270] A.L. Singleton. "Hearing on the Impact of U.S. Tax Rules on International Competitiveness, Committee on Ways and Means UJ.S. House of Representatives" July 6, 1999, en http://www.cob.sjsu.edu/facstaff/nellen_a/int'lreform7-99.htm
[271] William J. Martin, arriba nota 50 en p. 454.

b) El Tejido Tributario de los EE.UU.: El tejido de tratados tributarios de los EE.UU. con los países en desarrollo no está bien expandida porque los países en desarrollo consideran aquella provisión como un importante factor en el desarrollo de sus condiciones socio-económicas y como una contribución para facilitar el comercio internacional. Este CTS podría definitivamente desarrollar las relaciones internacionales y ayudar a negociar tratados más favorables.[272]

c) Negociaciones de Tratados: Los Estados Unidos podría negociar "mejores beneficios en sus tratados" si estuviera dispuesto a ofrecer el CTS.[273] Los EE.UU. tiene pocas "fichas de negociación" para ofrecer a cambio de la reducción de la tributación en el país anfitrión. Como resultado, las compañías no pueden beneficiarse de las más básicas provisiones de los tratados tales como: proceso de la autoridad competente; establecimiento permanente de puertos;[274]

---

[272] Damian Laurey, arriba nota 2 en p. 480.

[273] Deborah Toaze. "Tax Sparing..." arriba nota 30 en p. 885.

[274] Stanley Surrey escribió: "¿Por qué nos preocupa la presente situación -en otras palabras, es el interés de los EE.UU. tener tratados con países menos desarrollados?... Un tratado con apropiadas reglas de origen podría proveer predictibilidad en esta área, en contraste a la presente incertidumbre ocasionada por la ausencia de reglas de origen formuladas en muchos países. La aplicación de la definición del establecimiento permanente podría liberar a nuestros negociantes del fastidio o estorbo tributarios y también colocar predictibilidad en lugar de incertidumbre. Establecimiento de reglas definitivas permitiendo la apropiada distribución de gastos y otros rubros entre una empresa principal Americana y su subsidiaria extranjera y las

protección contra la discriminación; y tasas tributarias reducidas de retención sobre inversiones pasivas tales como interés, regalías y dividendos.[275]

Al implementar las provisiones CTS en tratados tributarios bilaterales con países de baja tributación, los EE.UU., no sólo tendrá apropiadas concesiones tributarias recíprocas para sus compañías, sino que también permitirá la colocación de algunas provisiones "sunset" que pueden ser negociadas.[276] Algunos investigadores han sugerido que los EE.UU. brinde el CTS a los países en desarrollo que cumplan con ciertos mínimos estándares[277] que deben ser negociados bilateralmente. Estos

filiales extranjeras podría producir una medida apropiada al ingreso neto de los países menos desarrollados." Stanly S. Surrey, "The U.S. Tax System and International Tax Relationship" (Secretary of the Treasury, Washington), Canadian Tax Journal, Vol. XII, No. 6, Nov-Déc,1964, en 460-7.

[275] Damian Laurey, arriba nota 2 en p. 492.

[276] La provisión "sunset" de acuerdo a la doctrina, incluida en los artículos del tratado tributario, puede permitir a los EE.UU. a revisitarlo periódicamente y cambiarlo si el otro país no cumple con los acuerdos pactados en el tratado, tales como "compromiso por los niños, ambiente y seguridad de sus trabajadores, por ejemplo; sin embargo, estas medidas deben ser bilateralmente negociadas y aceptadas por ambos países." Ver J. Clifton Fleming, Jr., Robert J. Peroni & Stephen E. Shay, arriba nota 113 en pp. 347-8.

[277] Samuel C. Thompson ha propuesto un sistema de tax-sparing selectivo, que significa que este crédito debería estar disponible a aquellos países en desarrollo que puedan cumplir los siguientes requerimientos: 1).- Compromiso por los básicos principios democráticos; 2) compromiso por la protección a los derechos humanos; 3) sistema tributario efectivo y programa de intercambio de información; 4).- adopción de principios de buen gobierno corporativo; 5). -cumpliendo con las mejores prácticas ambientalistas; 6). - cumplimiento con principios básicos de derecho laboral; 7) adopción de políticas anticorrupción; and 8) satisfacción de principios de buen gobierno. "El Tesoro podría consultar con otras ramas del gobierno para determinar si

estándares parecen constituir altas demandas que otros países más desarrollados no imponen; pero esos elementos pueden ser negociado y debatidos, considerando que algunas veces los programas de intercambio de información no sólo tienen un alto costo para la economía del país anfitrión sino también otros programas que los EE.UU. podría demandar al país anfitrión. Ciertamente, una negociación y debate abierto y coordinado podría ser un importante remedio, aunque no del todo suficiente.[278]

d. <u>CTS como Ayuda Económica Extranjera</u>: Las provisiones CTS, cuando están emparejadas con incentivos tributarios bien diseñados, son más preferidos que la asistencia económica directa (a través de incentivos o préstamos brindados por el país anfitrión) por-que el CTS estimula la inversión privada en vez de inversiones ligadas enteramente al gasto público.

"Aunque el crédito tax-sparing puede ser visto como un subsidio al inversionista privado, un componente financiero privado hecho por tal inversionista permanece más allá del monto «subsidiado.[279] Algunos estudiosos han temido que los

las partes relevantes cumplieron todos los ocho requerimientos." Samuel C. Thompson, Jr., "The Case for Tax Sparing Along with Expanding and Limiting the Subpart F Regime", 35 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 303, en p. 311.
[278] Ver Joseph H. Guttentag, arriba nota 12 en pp.447-448.
[279] William J. Martin, arriba nota 50 en p. 455.

EE.UU., al permitir algunas provisiones CTS, podría estimular a que los países en desarrollo se comprometan en la competencia tributaria al reducir sus propias tasas. Sin embargo, la experiencia doméstica americana del CTS con respecto a sus posesiones, a través de la sección 936 del Código Tributario, puede ser útil. Esta experiencia sugiere que un cercano monitoreo de los efectos de la provisión CTS es imperativo para hacer una medida económicamente eficiente.[280]

Aquellos que han visto mecanismos alternativos al CTS, tales como conceder estímulos económicos directos,[281] mecanismos de seguro y demás, han dicho que muchos factores que están presente en la ayuda o prestación extranjera, están faltando en la provisión CTS, tales como: identificación del

[280] Ver J. Clifton Fleming, Jr., Robert J. Peroni & Stephen E. Shay, arriba nota 113 en p.348. "Los Estados Unidos debería asistir a los países pobres acomodando la competencia tributaria, donde los acuerdos bilaterales sobre tax-sparing son un mejor mecanismo para hacerlo que la exención o el sistema diferido", idem en 349.

[281] Algunos pensadores piensan que: "Los EE.UU. debería considerar adoptar artículo de ayuda directa similar al contenido en los tratados propuesto en Sri Lankan e Israel. Tal artículo permitirá a India a dar dinero en efectivo como ayuda a compañías Americanas con empresas indias o subsidios indios como incentivos en vez de vacaciones tributarias. India podría luego gravar el ingreso de la compañía y los EE.UU. podría dar un crédito por los impuestos indios pagados. Notamos que tal provisión podría tener que anular la sección 901 (i) del Código Tributario, que podría negar créditos tributarios extranjeros por los impuestos pagados si son usados para proveer subsidios. Tales ayudas no incrementarían las ganancias de la compañía americana o la subsidiaria india para propósitos del impuesto americano." Ver Donald M. Kendall, Chairman of the India-U.S. Business Council, "India-U.S. Business Council Supports Renewed Tax Treaty Discussions". Tax Analysts, Tax Notes International, July 20, 1988, 88 TNI 29-27.

beneficiario; monto de la ayuda extranjera y los términos precisos de la anticipada ayuda.[282]

Adicionalmente, el OECD consideró que los países anfitriones están privados de la posibilidad de identificar, valorar, diseñar, monitorear, implementar y evaluar los proyectos tax-sparing.[283] Sin embargo, mientras este comentario sea válido para el incentivo tributario en general, co-ordinación y co-operación entre países miembros, en la estructuración, concentración y diseño de la respectiva concesión puede brindar adecuadas soluciones.

Además, el CTS provee medios eficientes para prorratear la ayuda extranjera al usar los recursos y habilidades del sector privado y el mercado libre para colocar el capital en las inversiones más eficientes,[284] con menores costos y maximizando cada dólar colocado para su mejor uso.[285]

De otra parte, la ayuda directa o el apoyo extranjero pueden producir dependencia en vez de desarrollo socioeconómico; apoyo directo no puede siempre estar

[282] OECD. "Tax Sparing Report", arriba nota 43 en p.22.
[283] OECD, idem.
[284] TSC va más allá de la tradicional ayuda económica extranjera que los EE.UU. brindó a Alemania y Japón para ayudarlos a reconstruir su economía después de la segunda Guerra mundial.
[285] Damian Laurey, arriba nota 2 en p. 485.

disponible y luego los países en desarrollo estarán atados a la generosidad y buena disposición de los países más desarrollados.

Adicionalmente, una burocracia necesita crearse para administrar la ayuda directa proveída y "los burócratas en vez del mercado privado determinaría que proyectos serán financiados."[286]

Consecuentemente, los países "desarrollados" -tales como los EE.UU. en el caso del ALCA- al enfatizar que la provisión tax-sparing no traerá ningún beneficio a los "países en desarrollo (léase países Latinoamericanos y el Caribe en el ALCA) están dictando política económica a aquellos países "en desarrollo", poniendo en riesgo las relaciones internacionales[287] y al hacer exactamente lo que la legislación americana determinó evitar, que es dictar política económica al mundo.[288]

---

[286] Timothy J. Goodspeed. "Tax Competition, Benefit Taxes, and Fiscal Federalism", 579-86,en 584-5, in National Tax Journal Vol. 51 no. 3 (September 1998), en http://ntj.tax.org/wwtax/ntjrec.nsf/968260767116912D85256AFC007F074A/$FILE/ v51n3579.pdf

[287] Los países en desarrollo deberían tener la autonomía para implementar legislación tributaria sin la interferencia de los EE.UU.» Ver Damian Laurey, arriba nota 2 en p.485.

[288] United States: Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, sec. 1001 (a)(6). Ver John H. Jackson, William J. Davey, Alan O. Sykes, Jr., arriba nota 132 en p. 1099.

En conclusión, el apoyo directo propuesto como un método alternativo al mecanismo del CTS produce dependencia injusta y un aparato burocrático que reemplaza la libre negociación de los países por la generosidad y dependencia del gobierno.

e. Acopio de Información: A través de la dación de las provisiones tax-sparing, los EE.UU. pueden ganar información invalorable acerca de las compañías americanas operando en el extranjero, lo que es indispensable para contrarrestar la evasión tributaria y balancear la pérdida de renta derivada en el corto plazo por el tax-sparing.[289]

6.5 Argumentos contra el CTS:

Muchos de los argumentos en contra del tax-sparing estructurados por la política de los EE.UU.[290] son los mismos que los del OECD,[291] como puede ser visto en los siguientes párrafos.[292]

[289] Damian Laurey, arriba nota 2 en p. 480.

[290] U.S. Model Income Tax Convention, 1996, disponible en http://www.ustreas.gov//offices/tax-policy/library/model996.pdf

[291] Christopher Heady, arriba nota 42, en p. 13.

[292] Ver Karen B. Brown, arriba nota 226 en p. 313.

a. <u>Neutralidad de la Exportación de Capitales</u>:

Un supuesto defecto es que el CTS es contrario al objetivo político americano de neutralidad de exportación de capitales. Como quedó claro anteriormente, el sistema tributario americano, no territorial sino global, tiende a enfatizar la neutralidad de la exportación de capitales, significando que el sistema tributario no debería influir en las inversiones.[293]

Sin embargo, esta política no es consistente porque los EE.UU. tiene la tradición de motivar e inducir conductas financieras a través de la imposición tributaria: el impuesto indirecto de la sección 902 (a) del Código Tributario Americano;[294] el CTS[295] otorgado a Puerto Rico[296] por más de 50 años y a otras posesiones americanas[297] (Sección 936 del

[293] ICC, arriba nota 157
[294] U.S. Tax Code On-Line, in John Walker "Index Librorum Liberorum" en http:// www.fourmilab.ch/uscode/26usc/www/sections.html
[295] Ver LaBrenda Garrett-Nelson. "A Framework for Evaluating The Legislative Viability of Proposals to Provide Foreign Direct Investment Incentives Through the Internal Revenue Code», 35 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 315, en p. 323.
[296] Los EE.UU. ha adoptado estatutariamente una forma de tax-sparing con respecto a las ganancias percibidas en las posesiones Americanas, incluyendo Puerto Rico y las Islas Vírgenes. Ver David L. Forst, arriba nota 52 en p. 247. Aunque el Código Tributario conceptualiza a Puerto Rico como una Posesión Americana, no incluye a Puerto Rico en la definición de "Estados Unidos." Ver IRC § 7701 (a)(9), (d). U.S. Tax Code On-Line, in John Walker "Index Librorum Liberorum" en
http:// www.fourmilab.ch/uscode/26usc/www/sections.html.
[297] Raymond Wacker and Allan Karnes, arriba nota 8 en p. 164.

Código Tributario),[298] el "Western Hemisphere Trade Corporation (WHTC);[299] las estipulaciones DISC[300] y los infames subsidios "Foreign Sales Company FSC" (prohibidos por le viejo GATT y declaradas como ilegales por la Organización Mundial del Comercio).[301]

---

[298] El crédito tributario de Puerto Rico, bajo la sección 936, ha sido considerado como un "incentivo tributario no generador de rentas" que no condice con los principios de la neutralidad en la exportación de capitales. "Con permitir los créditos tax-sparing para las posesiones, la estipulación favorece las inversiones locales de Puerto Rico sobre las inversiones domésticas americanas y por ende opera contrario a la neutralidad de exportación de capitales." Ver William Lee Andrews, "No Bull's Eye For 'Targeted' International Tax Rules", 18 Va. Tax Rev. 781, pp. 808-9. Ver también Timothy Goodspeed & Ann Dryden Witte. "International Taxation", p. 282, en http://encyclo.findlaw.com/6080book.pdf.

[299] "Si una corporación X establece un Western Hemisphere Trade Corporation en los Estados Unidos para hacer negocios en un país extranjero a través de una sucursal, el ingreso de la sucursal estará sujeto a un impuesto de solo 38%. Secciones §§ 921,922. Cuando el "Western Hemisphere Trade Corporation" transfiere sus ganancias foráneas a la empresa principal, un impuesto adicional igual al 4.84% de las ganancias netas será impuesta, conllevando un total de impuestos Americanos del 42.84%. Sección 243. La compañía principal X no está, sin embargo, permitida de acreditar ningún impuesto foráneo pagado por sus subsidiarias, desde que la sección 902 permite un crédito sólo a la corporación matriz. El Western Hemisphere Trade Corporation puede, sin embargo, dar crédito impuestos extranjeros pagados por la corporación." Ver William J. Gibbons, "Tax Effects on Basing International Business Abroad», en 69 Harv. L. Rev. 1206, May 1956, nota 11 p.1249.

[300] Boris I. Bittker & Lawrence Lokken, idem en p. 68-3.

[301] Ver UNITED STATES-TAX TREATMENT FOR FOREIGN SALES CORPORATIO-NS.WT/DS108/AB/R. Appellate Body Report adoptado por el DSB en Marzo 20, 2000 y También JOHN H. JACKSON, WILLIAM J. DAVEY, ALAN O. SYKES, Jr. LEGAL PROBLEMS OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS. 4ta edición, West Group, Minnesota, 2002.pp.791-799.

Adicionalmente, la neutralidad en la exportación de capitales es intrínsecamente nulificada a través de limitaciones del crédito (sección 904 (a) del Código Tributario),[302] Sistema diferido (sección 904° del Código Tributario) y crédito cruzado (sección 904 (d)). Estas prácticas son inconsistentes con la vieja política tributaria americana de favorecer la neutralidad de la exportación de capitales.[303]

De otro lado, si el CTS es supuestamente no proporcionado, porque la neutralidad de la exportación de capitales es nulificada mediante la dación de beneficios a em-presas operando en el extranjero y no a los inversionistas domésticos; de la misma manera los inversionistas operando en el extranjero deberían gozar de alguna forma de incentivos tributarios y subsidios proporcionados a inversionistas domésticos.[304] Por estas prácticas, el inversionista doméstico tiene una carga tributaria menor que el inversionista operando fuera. De esta manera el inversionista doméstico experimenta una ganancia repentina.

[302] "Un contribuyente puede escoger deducir los impuestos extranjeros en vez de reclamar el crédito tributario extranjero donde su crédito tributario extranjero es reducido por el sistema de limitación de canastas de la sección 904", Ver Yoseph Edrey & Adrienne Jeffrey, arriba nota 153 en p. 120.
[303] Ver Joseph H. Guttentag, arriba nota 12 en p. 446. También Ernest R. Larkins, arriba nota 79 en p.185.
[304] Ver arriba para referirse a los subsidios tributarios y subsidios brindados a inversionistas domésticos por el gobierno Americano.

En conclusión, la política de neutralidad de exportación de capitales nunca ha existido. La equiparación de pesos tributarios entre el inversionista extranjero y doméstico nunca se ha concretado. Si la neutralidad de la exportación de capitales jamás ha existido, luego no existe nada que el CTS pueda degenerar.

b. Control de Tasas Tributarias:

Otra anomalía percibida *es* que EE.UU. podría perder control en la imposición tributaria de personas americanas porque los incentivos tributarios son proveídos a la discreción de un gobierno extranjero. Sin embargo, este problema es despejado si ambos países contratantes enfrentan una detallada negociación y consecuente monitoreo de estos mecanismos. El caso de Brazil y sus tratados tributarios bilaterales con Canadá, Dinamarca, Corea, Finlandia, Holanda, demuestra que el control sobre tasas tributarias e incentivos reside sobre bases bilaterales y no sobre bases unilaterales.[305] Además, algunas salvaguardias han sido adoptadas por tratados tributarios para restringir la habilidad del país anfitrión de cambiar unilateralmente la tasa de los impuestos.[306]

[305] Ver apéndices IV y V.
[306] OECD. "Tax Sparing Report" arriba nota 43 en p.32.

c. <u>Excesiva Repatriación de Fondos</u>:

Otra alegación es que el CTS promueve la repatriación de fondos de los inversionistas en vez de que ellos reinviertan sus ingresos en la expansión de negocios en el país de origen (EE.UU.). La repatriación consiste en el estímulo inintencionado a que los inversionistas repatríen las ganancias al país de origen en vez de reinvertirlas en el país anfitrión para promover el desarrollo económico.[307] El estímulo de una repatriación excesiva de fondos puede resultar en el estímulo de proyectos de corto plazo en el país anfitrión y un desincentivo a la inversión a largo plazo en países menos desarrollados o países anfitriones.[308]

El riesgo es asociado con las "operaciones golondrina" (inversionistas operando en una región que brinda incentivos tributarios por un período específico de tiempo y luego migran a otra región que brinde incentivos tributarios frescos) será estudiado en la sección destinada a los incentivos tributarios.

Se ha concluido que, por ejemplo, en el caso de China, aunque sus esfuerzos son positivos diseñando algunas

---

[307] UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Tax Incentives and Foreign Direct Investment. A Global Survey, ASIT Advisory Studies No. 16, UNITED NATIONS, New York and Geneva, 2000, en http://www.unctad.org/en/ docs//iteipcmisc3_en.pdf

[308] OECD. "Tax Sparing Report" arriba nota 43 en p. 32.

provisiones para prevenir estos abusos, un programa de incentivos tributarios bien monitoreado y enfocado es un imperativo, dentro del contexto de un clima internacional coordinado.[309]

Adicionalmente, la facilitación de la repatriación de fondos y otros abusos no es exclusivo patrimonio del CTS.

Todo incentivo tributario concedido por los países en desarrollo tiene algún talón de Aquiles: ningún incentivo tributario es perfecto como ninguna actividad financiera es perfecta tampoco. Existen mecanismos, legales y económicos, para contrarrestar esos riesgos[310] y abusos[311] en una manera coordinada[312] e integrada.[313]

---

[309] La coordinación en las políticas tributarias es un imperativo categórico. Ver Joint Committee on Taxation, "Background and Issues Relating to the Taxation of Foreign Investment in the United Senes", 301 PLI/Tax 903, en 968.

[310] ICC. "Application of Anti-Avoidance Rules in the field of Taxation", arriba nota 104.

[311] O bien las ganancias migran a otra región que brinda incentivos tributarios o son repatriados al país de origen, las soluciones elaboradas demandan cooperación y coordinación de actividades e información entre el país residente y anfitrión, para detectar y prevenir aquellos abusos. La coordinación internacional en política tributaria es indispensable. Ver Joint Committee on Taxation, "Background and Issues Relating to the Taxation of Foreign Investment in the United Senes", 301 PLI/Tax 903, en p. 968.

[312] Ver John F. Avery Jones, arriba nota 141 en p. 38.

[313] Ver T. Modibo Ocran, arriba nota 107 en p. 177.

Sin embargo, esta repatriación de ganancias puede ser benéfica para la economía americana[314] como está planificado en la nueva sección 965 del Código Tributarios[315] (propuesto por la Ley de Creación de Empleos del 2004), que ofrece a las corporaciones americanas una deducción del 85% de la distribución de dividendos en efectivo por parte de las corporaciones operando en el extranjero, si ciertas condiciones son satisfechas; por ende, si los dividendos vienen a los EE.UU. de países donde existe baja tributación o tributación condonada, tal deducción estipulada por el Código Tributario Americano significa un reconocimiento fáctico o crédito parcial del impuesto ya condonado por el país anfitrión, y tal crédito no existiría en el contexto de ningún tratado bilateral.

Adicionalmente, en vez de una rápida repatriación a los EE.UU., los fondos pueden ser reinvertidos en el país anfitrión si adicionales programas son implementados. Este es el caso de Brazil, que "para desarrollar su región Noreste, permite a calificadas corporaciones depositar la mitad de su carga tributaria sobre ingresos en bancos brasileños. Los inversionistas podrían luego usar esos depósitos para nuevas inversiones en la

[314] "El acuerdo sobre tax sparing permite al país anfitrión usar su sistema tributario más eficientemente para promover el desarrollo económico." Ver Robert L. Palmer, "Toward Unilateral Coherence in Determining Jurisdiction to Tax Income", 30 Harv. Int'l L.J. 1, nota 84 en 64.
[315] Ver Lemein, Gregg D., arriba nota 54.

región. Dichas inversiones gozan también de exenciones tributarias por un periodo de años."[316]

d. <u>Separación de Poderes</u>:

De acuerdo a la Constitución Americana "toda ley que eleve la renta fiscal debe originarse en la Casa de Representantes; pero el Senado podría proponer o concurrir con Correcciones en otras leyes."[317]

Desde esta política, el CTS podría ser inconstitucional. El CTS podría ser otorgado por medio de un tratado tributario, sin la directa participación de la Casa de Representantes a cargo de las leyes que elevan la renta fiscal. El Senado es el único envuelto en celebrar tratados tributarios, incluyendo el consejo del Senado y consentimiento para su ratificación. Además, el Comité de Relaciones Exteriores, y no el Comité de Finanzas a cargo de promulgar legislación tributaria, es el cuerpo responsabilizado por los tratados.[318]

---

[316] Ver Gregory C. Shaffer. "An Alternative to Unilateral Inmigration Controls, Toward a Coordinated U.S. México Binational Approach", 41 Stan. L. Rev. 187, en p. 217.

[317] Article I section 7 of the US Constitution, en http://www.usconstitution.net/const.txt

[318] Ver Daniel M. Berman & Monica A. Leimone. "Current Issues in United States and OECD Model Tax Treaties", in Tax Management International Journal, Vol. 27, No. 4, en 170-1, nota 66 en 171 (4/10/88).

No obstante, el CTS no podrá ser inconstitucional si es promulgado mediante un mecanismo denominado "Fast Track" que permite al presidente negociar la provisión CTS en tratados tributarios con la directa participación de la Casa de Representantes y el Senado, dándoles a estos últimos el poder a vetar el acuerdo final.[319]

e. <u>Política Sobre Tratados</u>:

Además del principio de neutralidad de la exportación de capitales, otro principio-guía de la política americana es que los tratados sean designados para proveer beneficios tributarios americanos a los contribuyentes extranjeros y beneficios tributarios extranjeros a contribuyentes americanos. Permitir CTS a través de tratados, contradeciría esta política.[320]

Este argumento es sólo una tecnicidad. Si esta misma política es transferida a países extranjeros, el principio podría decir que beneficios americanos deben ser otorgados a países extranjeros y beneficios domésticos otorgados a contribuyentes americanos. Sin embargo, estos argumentos son sólo técnicos. Si los países extranjeros brindan incentivos tributarios a inversionistas americanos, sería la legislación doméstica y no el tratado tributario, el que brindaría dichos incentivos. El tratado

[319] 19 U.S.C. § 2903.
[320] William J. Martin. arriba nota 50 en p. 456.

tributario cumple el rol de reconocer aquellos incentivos ya existentes en el país anfitrión.

Este argumento es inconsistente con la realidad. EE.UU. ha brindado deducciones a residentes americanos por contribuciones de caridad dados a sus socios del trata- do NAFTA (México y Canadá), a través de tratados tributarios bilaterales y no mediante la legislación doméstica.[321]

Adicionalmente, si el CTS no fuera desautorizado por el Código Tributario (sección 901 (i),[322] las leyes domésticas americanas podrían permitir el CTS antes de su reconocimiento por cualquier otro acuerdo tributario y entonces ninguna política tributaria americana sería contravenida. El rol del tratado tributario no será el de brindar beneficios a contribuyentes americanos, sino el de reconocer aquellos beneficios a contribuyentes americanos a través de un acuerdo tributario.

f. Nulificación de Créditos Tributarios Extranjeros:

[321] Convention Between the United States of América and the Government of the United Mexican States for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income, Sept. 18, 1992, article 22 (4), en http://www.irs.gov/pub/irs-trty/México.pdf. Convention Between the United States of America and Canada with Respect to Taxes on Income and Capital, Sept. 26, 1980, art. 21 (5), en http://www.intltaxlaw.com/TREATIES/CANADA/Treaty.htm#CaArticle%20XXI.

[322] U.S. Tax Code On-Line, en John Walker "Index Librorum Liberorum" en http:// www.fourmilab.ch/uscode/26usc/www/sections.html

La lógica que gobierna el CTS es que, si el país de origen no lo reconoce, luego el incentivo tributario proveído para el inversionista extranjero por el país anfitrión, será nulificado.

El contraargumento dice que las ganancias percibidas en el país anfitrión por una subsidiaria será retenido mientas no sean repatriados, de acuerdo al sistema diferido del Código Tributario Americano.[323] "El beneficio del sistema diferido incentiva al inversionista a reinvertir las ganancias en el país extranjero, en vez de repatriar las ganancias, para aprovechar el CTS."[324] Por ende, tanto los incentivos tributarios otorgados por el país de origen así como el sistema diferido trabajan en conjunto para idealmente incentivar la reinversión de ganancias.

El sistema diferido trabaja con subsidiarias y no con sucursales.[325] El sistema diferido consiste en que, si la compañía americana no repatría los dividendos a los EE.UU., entonces no pagará impuestos hasta que los repatríe. Este sistema se parece

[323] IRC, Sección 904 (c).
[324] William J. Martin, arriba nota 50 en p. 457.
[325] En una filial el ingreso debe ser incluido en el ingreso gravable de la filial bajo las leyes del país de residencia, mientras que el ingreso de la inversión extranjera ganada por subsidiarias separadamente incorporadas no es, bajo el sistema diferido, sujeto a la tributación del estado hasta que sea repatriado. Ver Pierre Maugu, arriba nota 108 en pp. 166 and 176.

a un préstamo sin interés sobre el impuesto que debería ser pagado al país de origen.[326]

El incentivo tributario no sería nulificado si los dividendos no fueran repatriados en ese momento.[327] Los dividendos serán repatriados eventualmente cuando el incentivo tributario no esté disponible, y el beneficio percibido por la subsidiaria será acumulado por el país de origen en un tiempo futuro. Por ende, el sistema diferido no incentiva la inversión en países en desarrollo, aun existiendo incentivos tributarios.[328]

Aún si las ganancias redistribuidas por la subsidiaria extranjera a la corporación americana fuesen reestructuradas en una forma tal que no represente dividendos sino reinversión de capitales, luego los beneficios podrían ser acumulados indirectamente por el tesoro del país de origen.

Consecuentemente, el hecho de que el sistema diferido sea designado para exceptuar la repatriación durante los primeros años de iniciación del negocio en el país anfitrión, y por ende beneficiar con incentivos tributarios proveídos por tal

[326] Pierre Maugu, idem en p. 180.
[327] "Económicamente -aunque no sea referido como tax sparring- el mismo resultado puede ocurrir cuando el impuesto es diferido hasta que las ganancias sean repatriadas." Ver Charles I. Kingson, arriba nota 1 en p. 81.
[328] Ver Samuel C. Thompson, Jr., arriba nota 278 en p. 304.

tesoro,[329] no significa que tales incentivos nunca sean nulificados por el país de origen.[330] En otros términos, la nulificación es sólo diferida o retardada.

De modo que, si la repatriación ocurre como reinversión, la nulificación de beneficios es incurrida también porque los beneficios serán acumulados indirectamente para el tesoro del país de origen. "Por ende, el real beneficio de los incentivos tributarios para el inversionista americano depende del tiempo durante el cual la repatriación de las ganancias sea diferida."[331]

El caso de Corea representa un claro ejemplo del hecho que, sin una provisión CTS, el gobierno americano no podría ser el real beneficiario. Aproximadamente 45% de las regalías han sido pagadas a los Estados Unidos. Por ende, casi la mitad del impuesto condonado por el gobierno coreano ha sido directamente transferida a los Estados Unidos. Si Corea hubiera simplemente descalificado a los detentadores americanos de la licencia del FCIA (Ley de Incentivo al Capital Foráneo), el

[329] Cobrando impuestos debajo de la tasa normal o económicamente reduciendo la efectiva tasa tributaria, el sistema diferido puede crear momentáneamente similares efectos que el tax sparing, respecto a los dividendos no repatriados. Ver Charles I. Kingson, "The Coherence of International Taxation", 81 Colum. L. Rev. 1151, p. 1267.

[330] "Este sistema diferido, en esencia, provee una exención temporal para el ingreso foráneo dentro del país de origen." Duvall Alsobrook, "Improving the Competitiveness of U.S. National Corporations Through Changes to the Foreign Tax Credit", 12 Am. U. J. Int'l L. & Pol'y 875, p. 887.

[331] Pierre Maugu, arriba nota 108 en p. 181.

gobierno coreano podría haber recolectado la renta fiscal sin desincentivar la importación tecnológica."[332]

De otro lado, EE.UU. está entrampado en un dilema de política que es sumariado de la siguiente manera:

1. Si los EE.UU. quiere incentivar la inversión en el extranjero, el sistema diferido podría ser efectivo sólo por los primeros años del sistema.

2. Si los EE.UU. quiere incentivar la inversión interna, luego los incentivos tributarios y subsidios deben ser otorgados. Consecuentemente el sistema diferido no es un buen incentivo para invertir internamente y estimular el trabajo.[333] Ciertamente para algunos investigadores, el sistema diferido estimula la exportación de trabajo.[334]

---

[332] Chang Hee Lee, «Taxation of U.S.-Korea Technology Transfer: A Developing Country's Point of View», 10 Int'l Tax & Bus. Law 1, p. 41 & apéndice 1 en p.52.

[333] Ver Chris Isidore, Job Growth Disappoints, in CNN Money, June 2004, en http://money.cnn.com/2004/07/02/news/economy/jobless_june/index.htm

[334] "Críticos del sistema diferido manifiestan que ello 'crea un implícito incentivo tributario para construir plantas y crear trabajos en el extranjero en lugar de ser en los EE.UU.' Cronológicamente, la lista de críticos pasa de Kennedy a Nixon y Carter y luego de regreso a otro Kennedy. A pesar de aquel respaldo y fuerte soporte laboral, el sistema diferido permanece; pero como un sustantivo tema en vez de simbólico, y se convierte en menos y menos significativo. Económicamente, el problema de la exportación de trabajos de manufactura ha pasado aparentemente su pico; e industrias de comercio o servicio, en vez de manufactura, están convirtiédose en más y más responsables por nuevos trabajos en los Estados Unidos." Ver Charles I. Kingson, «The Coherence of International Taxation», 81 Colum. L. Rev. 1151, p. 1269.

Debe existir un mecanismo que armonice ambas políticas para estimular la inversión interna y externa al mismo tiempo. El sistema diferido no estimula la repatriación porque la distribución de dividendos es transformada en un evento tributario y los EE.UU. tiene que estimular la inversión doméstica a través de la concesión de incentivos tributarios y subsidios. La nueva sección 965 del Código Tributario, bajo el auspicio de la Ley de Creación de Empleos en América del 2004, trata imperfectamente de incentivar la repatriación de la inversión, lo que constituye un parcial CTS de facto.[335]

De acuerdo con esto, la estipulación tax-sparing podría constituir un incentivo tributario, no sólo para estimular la inversión foránea sino también para estimular la repatriación y espolear la economía doméstica haciendo la distribución de dividendos un evento no-tributario basado en necesidades del negocio. Las mismas leyes del mercado exterior balancean los riesgos de una rápida repatriación y el desbalance en la

[335] Alemania tiene un caso singular: El crédito Tax Sparing es brindado por su propia legislación. Ver Legal Texts online, KStG §26 (2), disponible en http:// translene.google.com/translene?hl=en&sl=de&u=http://www.gesetze.2me.net/kstg/ kstg0032.htm&prev=/search%3Fq%3DKStG%2B%25C2%25A726%2B (2)%26hl%3Den%26Ir%3D%26ie%3DUTF-8%26sa%3DG. La provisión tax-sparing bajo la cláusula alemana Kdegreesorpershaftsteuerreformgesetz (KStG) exime a las subsidiarias alemanas en el extranjero operando en países en desarrollo de tributación alemana cuando los dividendos son repatriados. Ver Scott E. Siverson, arriba nota 51 en p. 398.

reinversión. Si el negocio en el exterior es lucrativo, no hay razón para que el inversionista repatrie todas las ganancias.

g. CTS es Detrimental para los Países en Desarrollo:

Existe también el temor de que los inversionistas podrían influir en el país anfitrión para obtener más beneficios que los ya existentes. Esta práctica podría interferir con el desarrollo de estables y equitativos sistemas tributarios que beneficien a los contribuyentes de manera amplia.[336] Sin embargo, los incentivos tributarios están siempre sujetos a los abusos de inversionistas.

Las guías tributarias publicadas por grupos como la OECD, la ONU, el Banco Mundial y otros más, podría ser útil para contrarrestar aquellos abusos en el marco de los incentivos tributarios.[337]

Consecuentemente, los incentivos a modo de vacaciones tributarias, cuando están bien estructuradas y enfocadas, podrían traer beneficio e influjo de capitales que construyan la economía local y la infraestructura de los países en desarrollo.[338]

---

[336] Ver William J. Martin, arriba nota 50 en p. 457.

[337] [107]Alex Easson y Eric M. Zolt. "Tax Incentives", World Bank Institute, 18-9, en http://www.worldbank.org/wbi/publicfinance/documents/taxpolicy/Zolt&Easson.pdf

[338] Vacaciones tributarias deben ser cuidadosamente diseñadas y monitoreadas, porque su efectividad es controversial para algunos autores. Ver Alvin C. Warren, Jr. arriba nota 121 en p. 169 (nota 98).

Esta alternativa podría ser altamente deseable desde que los países en desarrollo comúnmente carecen de una fuerza de trabajo educada, moderna infraestructura, economía estable, sistema legal confiable y estabilidad política.[339]

La inversión extranjera incrementa el empleo local, provee entrenamiento a trabajadores sin habilidades, establece producción de bienes domésticos, trae influjo de moneda extranjera y ayuda a desarrollar los recursos naturales.[340] "Firmas extranjeras a menudo permanecen en países en desarrollo aún después que las vacaciones tributarias han pasado porque han sumergido costos y han descubierto las oportunidades económicas disponibles en el país."[341] Sin embargo, dichos beneficios deben ser monitoreados,[342] de otra manera una descontrolada inversión directa en el extranjero podría tornar los problemas peor.[343]

---

[339] La lista de problemas que los países en desarrollo confrontan es interminable: pobreza; inadecuado sistema de salud; carencia de educación; desempleo; trabajadores pobremente pagados; corrupción: problemas ambientales; inadecuada estructura legal para contratos y derechos de propiedad; inadecuadas estructuras financieras; guerra civil y demás. Ver Paul R. McDaniel, arriba nota 9 en p. 277.

[340] Damian Laurey, arriba nota 2 en p. 483.

[341] Damian Laurey, idem en p.483.

[342] Ver Luiz Villela & Alberto Barreix. "Taxation and Investment Promotion." arriba nota 29 en p. 6. Ver also James Rodger Hines. "Tax Sparing...", arriba nota 84.

[343] Ver Paul R. McDaniel, arriba nota 9 en p. 295.

h. CTS no es un Efectivo Mecanismo de Ayuda Económica Extranjera:[344]

Otro pretendido problema al respecto del CTS es que éste dejaría demasiado control al país anfitrión en términos de control de leyes, política y administración. Los Estados Unidos perdería control sobre determinado tipo de actividades merecedoras de ayuda.

Este argumento puede fácilmente ser contrarrestado si los términos y condiciones de las estipulaciones CTS están bien diseñados en el tratado tributario. Además, es legítimo para los países en desarrollo diseñar su plan interno y definir qué proyectos demandan más atención. Los Estados Unidos no puede dictar políticas económicas al resto del mundo.[345] Tal

[344] Dos de los errores de la asistencia para el desarrollo siguen siendo cometidos, de acuerdo a Dan Moger, que son: 1.) El país que ayuda (o países) no pueden imponer ninguno de sus intereses en el proceso de prestación de ayuda porque necesariamente interfiere con los verdaderos objetivos económicos del país que recibe la ayuda. 2.) A menudo la ventaja de los países desarrollados, tales como las vías férreas, no ayudarán a los países en los primeros estadios de desarrollo. Cada caso muestra que no se puede acelerar el desarrollo; las naciones desarrolladas no pueden hacer que los países en desarrollo obvien pasos en el proceso de desarrollo; sólo pueden asegurar que todos los pasos sean disponibles cuando las naciones en desarrollo lleguen allí. Ver Dan Morger. "The History of Foreign Economic Aid", Andover Economic Project, Social Science 610, May 1999, pp.3-4 disponible en http://www.andover.edu/aep/papers/610/dmoger99.pdf

[345] United States: Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, sec. 1001 (b) (4). Ver John H. Jackson, William J. Davey, Alan O. Sykes, Jr., arriba nota 132 en p. 1099.

interferencia es vista como una inaceptable política paternalista.[346]

i. – <u>Pérdida de Ingresos Fiscales</u>:

Uno de los grandes temores del Departamento del Tesoro Americano es que al proveer el CTS, los Estados Unidos perdería substancial fuente de ingresos, lo que sería traducido en incrementos tributarios y erosión de la base tributaria que colapsaría los fondos para escuelas, carreteras y defensa nacional.[347] Sin embargo, este argumento no considera la figura completa.

Los Estados Unidos está simplemente enfocándose en ingresos fiscales a corto plazo en vez del interés nacional a largo plazo, a diferencia de Japón, Alemania y la mayoría de los países desarrollados que entienden que el CTS es esencial para sus compañías a competir en la arena internacional.[348]

La pérdida fiscal debida al CTS no sería grande desde que las tasas tributarias americanas son menores que las tasas tributarias foráneas. Por ende, aquellas tasas tributarias más altas en los EE.UU. brindan el excedente de los créditos tributarios extranjeros a las compañías que están más preocupadas en

[346] David R. Tillinghast. "Tax Treaty Issues", 50 U. Miami L. Rev. 455, p.476.
[347] Damian Laurey, arriba nota 2 en p. 480.
[348] Damian Laurey, arriba nota 2 en pp. 480-482.

reducir su real carga tributaria extranjera que en reducir su tasa americana sobre el ingreso foráneo.[349]

Además, fortaleciendo buenas regulaciones de intercambio traerá una adecuada coordinación, intercambio de información y asistencia en la recaudación tributaria,[350] esencial para combatir la evasión tributaria y capturar aquellas ganancias que de otra manera no podría ser percibida.[351] Este es una situación de ganador-ganador donde todos los actores ganan: el país de origen gana a largo plazo, el país anfitrión gana inversión y el inversionista percibe ganancias.[352]

j. Exportación de Trabajos:

Otro defecto del CTS es que este mecanismo exportará trabajos y oportunidades en el extranjero en vez de crear incentivos para invertir internamente. Sin embargo, esta idea fue

[349] Damian Laurey, idem. Adicionalmente, desde el punto de vista del planeador tributario, la habilidad para diseñar la generación y el tiempo del ingreso que tiene un límite excesivo, pero que no se confine a un sistema de canastas, puede ser ventajoso. Ver Pierre Maugu, arriba nota 108 en p. 181.
[350] Ver Robert J. Peroni. "Respuesta a..." arriba nota 262 en p. 300.
[351] Ver Charles I. Kingson, arriba nota 1 en p. 1271.
[352] En el corto término; sin embargo, podría ser percibido que ni el país de origen ni el anfitrión ganan, sino el inversionista: "Un crédito tax-sparing... aunque a menudo percibido como una pérdida nacional para el país de origen, no origina ni ganancia para el país anfitrión, ni pérdida para el país de origen. No existe ninguna ganancia para el país anfitrión. Ni tampoco existe una pérdida nacional para el país de origen. Un crédito tax-sparing simplemente distribuye la ganancia nacional del país anfitrión entre el tesoro y sus contribuyentes." Ver Nancy H. Kaufman. "Fairness and The Taxation of International Income", 29 Law & Pol'y Int'l Bus. 145, nota 254 en 203.

creada en los 50's y 60's, cuando la economía americana dependía más en la industria manufacturera, y la pérdida de trabajos podría haber significado una amenaza seria, no así en el tiempo actual donde la economía americana está basada en el comercio y servicios industriales y tecnológicos.[353]

Adicionalmente el CTS puede ayudar a los EE.UU. a cambiar el escenario laboral de trabajos orientados a la importación a trabajos de gran productividad orientada a la exportación.[354]

h. <u>Tecnicalidades</u>:

Opositores al CTS mantienen que el crédito debería servir sólo para aliviar problemas de doble tributación, y desde que los incentivos tributarios dados por el país anfitrión no van con la doble tributación, luego los EE.UU. no debería brindar un crédito tributario extranjero.[355]

Esta regla es excesivamente formalista. Desde que hay algunos incentivos no-tributarios que no son nulificados por las limitaciones del crédito tributario foráneo, tal como las

[353] Charles I. Kingson, arriba nota 1 en pp. 1269-71.
[354] Ver Gregory C. Shaffer, arriba nota 317 en p. 214.
[355] "El crédito tributario extranjero no es el único mecanismo que puede ser usado para evitar la doble tributación." Richard E. Andersen, arriba nota 156 en p. 1-2.

contribuciones directas,[356] terreno libre, protección gubernamental y demás, luego el incentivo tributario no debería ser nulificado tampoco.[357]

El impuesto que el país de origen condona, equivale al dinero que el país anfitrión pueda recolectar y luego redistribuir como un incentivo no tributario a las compañías foráneas.

Los incentivos tributarios como las vacaciones tributarias son el equivalente funcional de subvenciones gubernamentales y deberían ser tratados como tales.[358]

i. <u>Otros Abusos</u>:

Existen otros abusos que son asumidos parcialmente en la sección dedicada a los "abusos y riesgos de los incentivos tributarios." Aquellos abusos también conciernen la estructura

[356] Algunos investigadores han sugerido que, para evitar el problema que la política americana trae, (cuando nulifica las vacaciones tributarias brindadas por países menos desarrollados) los países de origen deberían recolectar el impuesto de las compañías y luego proveer de subsidios directos para la inversión directa extranjera (FDI), tales como nuevas plantas, instalación de sistemas de telecomunicación, etc. Ver Paul R. McDaniel, "The U.S. Tax Treatment of Foreign Source Income Earned in DCs: A Policy Analysis", arriba 44 pp. 287-8; sin embargo, esta solución debe ser considerada por los países anfitriones y de hecho no representa un incentivo tributario proveído a la compañía foránea, sino sólo otro elemento a considerar por la misma compañía cuando se trena de hacer la decisión de adónde invertir (tal como infraestructura, sistema legal, confianza en la justicia, estabilidad política, etc.).

[357] Timothy J. Goodspeed, arriba nota 3, pp. en 584-5.

[358] Damian Laurey, arriba nota 2 en p. 490.

del CTS, como compras de tratados,[359] operaciones dirigidas,[360] y derivaciones,[361] dificultades administrativas[362] y demás.

Todas las situaciones relacionadas al intercambio y tributación conllevan la posibilidad de riesgos y abusos. Los incentivos tributarios y CTS no son la excepción. Sin embargo, la experiencia de algunos países que lidiaron con estos problemas puede ser ilustrativa (como el caso de China,[363] Nueva Zelanda[364] o Reino Unido,[365] por ejemplo).

---

[359] Compra de tratados es la obtención de beneficios de tratados tributarios bilaterales por algunas compañías cuyo propio país tiene beneficios menos favorables o no existe ningún tratado; luego esta compañía deriva las ganancias a través de subsidiarias localizadas en el país que está autorizado a recibir los beneficios proveídos por el tratado tributario.

[360] Ver Richard Vann, Taxation of National Enterprises. The World Bank group, 2002, en http://www1.worldbank.org/publicsector/tax/Nationationalenterprises.htm. Ver también Mimi E. Gild, arriba nota 182 en p. 554.

[361] Situaciones dirigidas envuelven casos de instituciones financieras que obtienen préstamos, obtenido en un banco del país de residencia, a través de una institución financiera en un país anfitrión que condona el impuesto. Ese abuso fue efectivamente detectado por Australia, como el OECD lo reporta, a través de la coordinación con sus socios de tratado. Ver OECD "Tax Sparing Report" arriba nota 43 en p.77.

[362] De acuerdo con el OECD, algunas veces las autoridades en el país de origen no pueden detectar si los inversionistas realmente califican para los incentivos tributarios bajo la respectiva legislación aprobada por el país anfitrión y a menudo la autoridad competente en el país anfitrión puede estar renuente o incapaz de proveer asistencia. Este sentimiento no solo tiene que ver con la práctica del tax-sparing sino también con la mayoría de los incentivos tributarios ofrecidos por el país anfitrión. Es por eso que los países celebran tratados tributarios para intercambiar información y cooperar en la solución de problemas como los descritos. Ver OECD "Tax Sparing Report" arriba nota 43 en p. 30.

[363] Alex Easson and Eric M. Zolt, arriba nota 107 en p. 34.

[364] Deborah Toaze, arriba nota 30 en p. 897.

[365] OECD. "Tax Sparing Report" arriba nota 43 en pp. 24-25.

Adicionalmente, las guías sugeridas por los reportes del OECD (Reporte Tax Sparing[366] y reporte sobre la Competencia Tributaria Dañina)[367] pueden ser importantes también, así como también otras organizaciones como la ONU, el Banco Mundial, Cámara de Comercio Internacional y demás. Los estudiosos también pueden traer algunos planteamientos a la lista de sugerencias y soluciones.[368]

Ninguna respuesta unilateral puede ser suficientemente útil para contrarrestar las distorsiones tributarias de ningún tipo. Medidas unilaterales tomadas por países de origen pueden ser parcialmente efectivas pero no tan efectivas como si aquellas medidas fueran asumidas en una coordinada dirección.[369] Consecuentemente, una "acción coordinada es la vía más

[366] Ver OECD. "Tax Sparing Report", Best Practices, arriba nota 43.
[367] Deborah Toaze, arriba nota 30 en p. 897.
[368] Damian Laurey ha sugerido que la provisión CTS debería incorporarse gradualmente para controlar los abusos de los países de países menos desarrollados y contribuyentes americanos, y eventualmente retirarlo para limitar el tamaño del CTS. Adicionalmente, provisiones contra el abuso son necesarias para prevenir ganancias repentinas, pero aún estimular la inversión; los EE.UU. no debe estar irrevocablemente sujeto al CTS, debe haber espacio flexible para la renegociación de las cláusulas CTS, incluyendo cláusulas de término. Damian Laurey, arriba nota 2 en p. 482. Aunque el autor ha sugerido el término unilateral (si fuera necesario) por los EE.UU. sobre la provisión tax sparing, bajo el artículo 29 del Modelo Americano de Tratados Tributarios (disponible en http://www.ustreas.gov/offices/tax-policy/library/model996.pdf), la inclusión de esta provisión extra debería ser examinada y negociada bilateralmente. Ver Damian Laurey, arriba nota 2 en p. 482.
[369] OECD. "Harmful Tax Competition Report", arriba nota 15 en p. 37.

efectiva para responder a las presiones creadas en el nuevo mundo de la movilidad del capital global."[370]

6.5 Afirmación del Tesoro sobre la Inconsistente Política de los EE.UU.

Los dos más grandes objetivos políticos que el sistema de los EE.UU. persigue son: evitar la doble tributación y plantear la neutralidad de la exportación de capitales. Ninguno de ambos objetivos es alcanzado debido a la limitación del crédito excesivo de la sección 904(a) del Código Tributario y las provisiones del crédito cruzado de la sección 904 (d).[371] Las reglas del crédito tributario extranjero no alcanzan la totalidad de la neutralidad de la exportación de capitales.[372]

El Tesoro asegura que un sistema tributario que exima de tributación al ingreso de fuente extranjera, crea un incentivo para los contribuyentes americanos a invertir en el extranjero en jurisdicciones de baja tributación.[373] Sin embargo, esta aseveración es inconsistente con la práctica: la política de los EE.UU. reconoce el sistema diferido de dividendos, bajo la sección 904 © de su Código Tributario, que estimula a las

[370] OECD, "Harmful Tax Competition Report", arriba nota 15 en p. 38.
[371] El crédito cruzado entre diferentes canastas sobre impuestos pagados, no está permitido. IRC § 904 (d) (1).

[372] Ver William J. Martin, arriba nota 20 en p. 449.
[373] Foreign Tax Credit Abuse. Notice 98-5. 1998-3 I.R.B, January 20, 1998, en 49, disponible en http://www.irs.gov/pub/irs-irbs/irb98-03.pdf

compañías americanas a diferir la repatriación. Adicionalmente, no hay intención de eliminar el crédito cruzado porque el régimen obtenido es un compromiso político,[374] aunque el sistema del prorrateo no es mejor que el sistema del CTS.[375]

Además, el Tesoro americano y el Servicio Tributario (Internal Revenue Service, IRS) están conscientes de los abusos tributarios que el crédito cruzado o prorrateo ha traído al escenario de los negocios.[376] Ellos han identificado dos clases de abusos del crédito tributario: 1). Transacciones que envuelven la transferencia de la carga tributaria a través de la adquisición de

---

[374] "Es perfectamente legítimo para una corporación americana con ingreso extranjero de alta tributación, como Alemania, buscar oportunidades de inversión en lugares de baja tributación tales como Irlanda, para evitar una situación de crédito excesivo en una canasta particular." Ver Peter Blessing, "Cross-Border Acquisition Financing", 430 PLI/Tax 657, en 697.

[375] Para algunos estudiosos el crédito cruzado no nulifica este objetivo de las vacaciones tributarias. Compañías en una posición de crédito fiscal extranjero excesivo puede desviar la responsabilidad americana sobre el ingreso por vacaciones tributarias. "Como resultado, 'la condonación' de los impuestos del país desarrollado redunda en beneficio del inversionista." Ver David R. Tillinghast, arriba nota 347 en p. 476. Sin embargo, aquellos expertos no consideran que procediendo en aquella forma, el país con menor tasa fiscal esté subsidiando al país con mayor tasa fiscal en vez del país ofreciendo la vacación fiscal, lo que constituye el principal objetivo.

[376] "El prorrateo es una práctica que puede surgir bajo un régimen de limitación general. La imposición de una limitación general significa que los tributos extranjeros, no importa qué país los colecte, son acreditados en conjunto contra los impuestos del país de origen. Los contribuyentes pueden promediar los impuestos de un país con altas tasas fiscales y aquellos países con bajas tasas fiscales por medio del crédito cruzado de los impuestos recolectados en ambos países. Bajo un régimen de limitación general, una preocupación importante para los contribuyentes es que la tasa fiscal promedio nunca debería exceder la tasa fiscal del país de origen." Ver Tsilly Dagan, arriba nota 145 en p. 400.

propiedades que genera una fuente de ingresos sujeta a impuestos al ingreso bruto extranjero como el impuesto retenido,[377] y 2) Transacciones transfronterizas de arbitraje de impuesto que permita una efectiva duplicación de beneficios tributarios.[378]

El Tesoro afirmó también que:

> "El Tesoro y el Servicio están preocupados, sin embargo, en que los contribuyentes puedan entrar a los esquemas generadores de crédito tributario extranjero diseñados para abusar del régimen del crédito cruzado y efectivamente transformar el sistema tributario global de los EE.UU. Este resultado es claramente incompatible con la existencia de detalladas provisiones sobre crédito

[377] En acuerdos abusivos que envuelven tales transacciones, un contribuyente americano efectivamente adquiere créditos tributarios extranjero en un acuerdo donde la ganancia esperada del acuerdo es insubstancial comparado a los créditos extranjeros generados. Ver "Foreign Tax Credit Abuse." Notice 98-5, arriba nota 374 en p. 50.

[378] "Beneficios dobles resultan cuando los EE.UU. brinda beneficios y, adicionalmente, un país extranjero brinda beneficios (incluyendo beneficios de un sistema de imputación total o parcial o sistema de exención) a determinadas persona con respecto a los mismos impuestos o ingresos. Estos beneficios duplicados generalmente pueden resultar cuando los EE.UU. y un país extranjero consideran toda o parte de la transacción o cantidad, diferencialmente bajo sus respectivos sistemas tributarios. En sistemas abusivos que envuelven tales transacciones, los contribuyentes americanos explotan estas inconsistencias, donde la ganancia económica esperada es insubstancial comparada a los créditos tributarios extranjeros. Ver "Foreign Tax Credit Abuse". Notice 98-5, arriba nota 374 en p. 50.

> tributario extranjero y limitaciones al crédito cruzado aprobadas por el Congreso. Ningún propósito reglamentario es cumplido al permitir créditos por impuestos engendrados en transacciones abusivas, diseñadas a reducir los impuestos residuales de los EE.UU. sobre ingreso extranjeros provenientes de jurisdicciones con baja tasa tributaria. Los beneficios del crédito tributario extranjero derivados de tales transacciones representan subsidios del Tesoro americano a los contribuyentes para operar y percibir ingresos en jurisdicciones con baja tributación o cero tributaciones. El efecto es económicamente equivalente a los beneficios del tax-sparing para contribuyentes americanos que el Congreso y el Tesoro se ha opuesto consistentemente, en el contexto de los tratados tributarios, porque tales beneficios son inconsistentes con los principios tributarios americanos y la política tributaria."[379]

A pesar de esta afirmación, la política tributaria de los EE.UU. no alcanza ni la neutralidad en la exportación de capitales ni la efectividad en el manejo de los créditos tributarios extranjeros. El sistema del impuesto diferido (sección 904© del Código Tributario americano) representa alguna forma de

[379] Ver Foreign Tax Credit Abuse. Notice 98-5, arriba nota 374 en pp. 49-50.

exención, así como el crédito cruzado (sección 904 (d) del Código Tributario americano). El crédito cruzado significa un sistema que prorratea el impuesto residual, de regiones con baja tasa tributaria, con la carga tributaria originada en regiones con tasa tributaria alta. El hecho de que las compañías estén sujetas a esquemas abusivos de crédito cruzado no significa que la estructura del crédito cruzado no sea un subsidio extranjero a las compañías operando en regiones con baja tributación. Por ende, la provisión oficialmente condenada sobre el CTS es aplicada no oficialmente en la práctica (ver por ejemplo el CTS para las posesiones de los E.E.UU., bajo la sección 936 del Código Tributario).[380]

El Tesoro ha diseñado algunas soluciones para atacar aquellos abusos crediticios fiscales, tales como la dación de regulaciones que desautorizan los créditos tributarios

[380] "La ley de 1976 añadió la sección 936 al Código Tributario, que alteró la tributación de compañías trabajando en posesiones americanas. Para acercar el tratamiento fiscal del ingreso de las corporaciones operando en las posesiones, con la tributación del ingreso de fuente extranjera la exención fue convertida a crédito. Por ende, ingreso de fuente en las posesiones, fue incluido en la definición de ingreso global de corporaciones operando en las posesiones. Sin embargo, en lugar del crédito tributario extranjero (por impuestos pagados a gobiernos extranjeros) un crédito fiscal fue creado (el crédito fiscal de las posesiones) por la cantidad total de carga fiscal de los EE.UU., sobre ingreso de origen en las posesiones. Este es referido como un «impuesto condonado» desde que un crédito es brindado aún si el impuesto es pagado o no.» House of Representatives Rept. 99-426;99th Congress 1st Session; H.R. 3838 Part 4 of 8 parts, December 7, 1985, p. 35.

extranjeros por impuestos generados en transacciones abusivas; regulaciones adicionales para atacar transacciones abusivas que envuelven altos impuestos retenidos, según la sección 904(d)(2)(B)(iii); estableciendo procedimientos coordinados usando expertos sobre el crédito tributario extranjero en la Oficina Nacional y el Programa Internacional de Asistencia Especializada para ayudar a examinar aquellas transacciones[381] y demás.[382]

En conclusión, todos los sistemas tributarios atacan diferentes problemas. Las estructuras tributarias son proclives a los abusos. Ningún sistema es inmune a los riesgos y abusos, pero todos los sistemas son perfectibles y corregibles. El Reino Unido y los EE.UU. tienen serios problemas, así como los tienen también Europa y los países menos desarrollados. Coordinación,[383] regulación, monitoreo, evaluación y creatividad parecen constituir la política principal que guía las soluciones a estas distorsiones tributarias.

---

[381] Foreign Tax Credit Abuse. Notice 98-5, arriba nota 374 en pp. 51-52.

[382] Problemas similares sucedieron al Reino Unido también con las compañías "mixtas", donde el Parlamento del Reino Unido aprobó la Ley Financiera de 1997 para evitar el uso abusivo de compañías mixtas más allá de límites permitidos. OECD, "Tax Sparing Report» arriba nota 43 en pp. 24-25.

[383] La cooperación debe estar no sólo sobre bases bilaterales sino también sobre una plataforma subregional, regional e interregional. Ver T. Modibo Ocran, arriba nota 107 en p.177.

6.6 El Compromiso de los EE.UU.

Los EE.UU. ha expresado su compromiso para introducir la cláusula tax-sparing en tratados tributarios ya firmados, a través del intercambio de cartas que acompañan a los tratados, donde los EE.UU. ofrece el estatus de la "Nación Más Favorecida" (en inglés: "most favored nation": MFN) con respecto a cualquier cambio futuro en la política americana sobre tax-sparing.[384] Por ejemplo, el caso de India que tiene una referencia explícita en el texto del tratado; los EE.UU. ha tenido que hacer concesiones después de tres décadas de negociaciones tributarias entrampadas precisamente por la negativa americana de otorgar el CTS.[385]

[384] Paul C. Reese, arriba nota 178 en p. 387.
[385] Deborah Toaze, arriba nota 30 en p. 885.

Además de la India,[386] los EE.UU. tiene cartas de compromiso con China,[387] Corea,[388] Tailandia,[389] Marruecos,

[386] Intercambio de notas en el Tratado Tributario entre los EE.UU. e India. Ver "Explanation of Proposed Income Tax Treaty (and Proposed Protocol) between the United States of América and the Republic of India." Joint Committee Print, JCS-20-90.

[387] Exchange of Letters, Double Taxation Agreement Between the United States of América and the People's Republic of China US-China (April 30, 1984): "Ambas partes acuerdan que un crédito tax sparing no debería ser proveído en el Artículo 22 de este acuerdo en ese momento. Sin embargo, el acuerdo debería ser pronto corregido para incorporar un crédito tax sparing si los EE.UU. luego corrige sus leyes concernientes a la provisión de los créditos del tax sparing, o los EE.UU. alcanza un acuerdo en la provisión sobre el tax-sparing con otro país." Ver Internal Revenue Service Database, Exchange of Letters US-China, Agreement And Related Protocol Signed en Beijing on April 30, 1984; disponible en http://www.irs.gov/pub/irs-trty/china.pdf. Desde que el tratado tributario China-EE.UU. no provee ningún alivio fiscal, "compañías norteamericanas no son capaces de gozar enteramente de las preferencias fiscales (e.g. vacaciones tributarias y tasas tributarias reducidas) que son proveídas por el gobierno chino para atraer inversión extranjera." Ver Daniel H.K. Ho, "International Agreements for the Avoidance of Double Taxation: A Study of China", 32 HKLJ 677, en 700.

[388] "Es entendido que si los EE.UU. altera su política con respecto a la provisión del CTS, o si los EE.UU. alcanza un acuerdo sobre la provisión del CTS, los EE.UU. acordará reabrir las negociaciones con Tailandia, con la visión de concluir un Protocolo que podría proveer un CTS similar a Tailandia." Ver Revenue Department of Thailand.US-Thailand Tax Income Treaty, Exchange of Notas, (26 November B.E.2539 (1996) nota diplomática, en http://www.rd.go.th/publish/7647.0.html or United States Department of the Treasury, "CLINTON PRESENT EN SIGNING OF U.S.-THAI INCOME TAX CONVENTION", FROM THE OFFICE OF PUBLIC AFFAIRS, November 26, 1996, RR-1386, en http://www.ustreas.gov/press/relea-ses/rr1386.htm

[389] "Es entendido que si los EE.UU. altera su política con respecto a la provisión del CTS, o si los EE.UU. alcanza un acuerdo sobre la provisión del CTS, los EE.UU. acordará reabrir las negociaciones con Tailandia, con la visión de concluir un Protocolo que podría proveer un CTS similar a Tailandia." Ver Revenue Department of Thailand.US-Thailand Tax Income Treaty, Exchange of Notas, (26 November B.E.2539 (1996) nota diplomática, en http://www.rd.go.th/publish/7647.0.html or United States Department of

Tunicia, Israel, Ucrania,[390] Malta y Kazakstán.[391] Consecuentemente, considerando la política americana contra el CTS, el valor de este compromiso es dudoso. En otras palabras, estos compromisos de los EE.UU. son incluidos en tratados tributarios para propósitos de información solamente,[392] porque los EE.UU. no tiene real intención de cambiar su testaruda política en contra del CTS.

---

the Treasury, "CLINTON PRESENT EN SIGNING OF U.S.-THAI INCOME TAX CONVENTION", FROM THE OFFICE OF PUBLIC AFFAIRS, November 26, 1996, RR-1386, en http://www.ustreas.gov/press/relea-ses/rr1386.htm

[390] Protocolo de la Convención Tributaria entre Ucrania-USA, artículo (7)(d). Ambas partes acuerdan que un crédito "ficticio" o "tax sparing" no deberá ser requerido para los impuestos que fueron condonados como parte de un programa de incentivo bajo el cual un estado contratante brinda vacaciones tributarias a un residente del otro estado contratante. Sin embargo, la Convención debería ser pronto corregida para incorporar un CTS, si los EE.UU. corrige sus leyes para autorizar la provisión de tales créditos, o si los EE.UU. alcanza un acuerdo sobre la provisión de un crédito tributario extranjero con cualquier otro país. Está entendido que tal acuerdo podría estar sujeto a la ratificación por parte de cada estado contratante. Ver "Protocol of the Tax Convention Between Ukraine-USA", en http:// www.fifoost.org/ukraine/steuern/dba_us-ukr/node13.php

[391] Ver Apéndice.

[392] Ver Marian Nash Leich, « Tax Law (U.S. Digest, CH. 10,S4), 84 Am.J.Int'l L.246, en 248.

7. CRÉDITO TAX-SPARING EN EL ALCA

7.1 Introducción[393]

Muchos de los países LAC tienen un tejido de tratados tributarios muy reducido. Además de Brazil y México, la mayoría de los países tienen menos de una docena de tratados tributarios en efecto, y algunos de estos tratados son con otros países Latinoamericanos.[394] Al contrario, Canadá tiene un tejido de tratados tributarios más extenso con países del globo incluyendo algunos LAC, donde las provisiones del CTS están presentes (por ejemplo, con Brazil).

7.2 La experiencia NAFTA (North America Free Trade Agreement)

a. La Experiencia del Tratado Tributario US-México[395]

[393] Ver Apéndices 4-5.
[394] Ver Joseph H. Guttentag, arriba nota en p. 452.
[395] "Convention Between the United States of América and the Government of the United Mexican States for the Avoidance of Double Taxation and the

El NAFTA como un acuerdo de libre comercio no afecta por sí mismo los asuntos tributarios de la inversión directa extranjera en el área de Norteamérica; en sí, el acuerdo NAFTA enfrenta problemas de largo alcance alrededor de la tributación y especialmente el CTS.[396]

Aunque el NAFTA tiene tres socios: los EE.UU., Canadá y México, es importante estudiar el tratado tributario entre EE.UU.-México que tiene tres principales objetivos: 1) Promover el libre movimiento de bienes y capital entre los Estados Unidos y México; 2) intercambiar información y evitar la doble tributación internacional; 3) fortalecer el alcance de logros propuestos por el NAFTA.[397]

Este tratado tributario no contiene ninguna provisión referida al CTS; sin embargo, uno de sus principales objetivos es prevenir la doble tributación. El tratado identificará y permitirá un crédito por el impuesto en ese estado, cuando sea pagado al otro estado. Esto elimina la necesidad de determinar si una situación extranjera es realmente un impuesto acreditable.

Prevention of Fiscal Evasion with Respect to taxes on Income." Sept. 18, 1992. 1992 U.S.- México Tax Treaty, IRS Website, en http://www.irs.gov/pub/irs-trty/México.pdf

[396] Ver Malcolm Gammie, "The Taxation of Inward Direct Investment in North América Following the Free Trade Agreement", 49 Tax L. Rev. 615, en 673.

[397] Antonio Mendoza, arriba nota 21 en p. 144.

Un aspecto importante a considerar es la interacción entre el tratado tributario y el Código Tributario de los EE.UU. (Revenue Code -IRC). El tratado tributario podría contener 30 ó más secciones, mientras que el IRC tiene más de nueve mil. Desde que las provisiones del tratado tributario tienen el mismo rango que las leyes federales, los tratados tributarios reemplazan sólo previos estatutos federales inconsistentes (bajo la regla "último en el tiempo"), de otra forma las provisiones del Código continúan aplicándose. Por esta razón, el Código juega un rol en llenar el vacío dejado por el tratado tributario, dejando la simplificación tributaria como una mera ilusión.

Por ende, el lógico resultado del NAFTA y el tratado tributario US-México es un sistema combinado entre el tratado y el Código donde el tratado tributario interactúa con el Código, evitando previas reglas federales conflictivas en algunos casos o permitiendo que el Código actúe llenando los vacíos que el tratado tributario deja. Este método trae luz al acuerdo ALCA y a una eventual negociación de tratados tributarios entre el país más desarrollado (EE.UU.) con países menos desarrollados (LAC) en el sentido de que las posteriores provisiones del tratado tributario podrían cohabitar con las provisiones del Código de los EE.UU. y ser posiblemente derogadas por leyes federales de los EE.UU. Adicionalmente, los EE.UU. no ha considerado ninguna manera de mantener los incentivos

tributarios de México en términos de no neutralizarlos. Una provisión CTS será un imperativo para resolver ese vacío.[398]

b) Lecciones del Tratado Tributario entre Canadá-Mexico[399]

Además del alivio común a la situación de la doble tributación proveída por los tratados entre Canadá-México y EE.UU.-México, hay algunos puntos discordantes entre ellos como: 1). Las provisiones especiales del tratado EE.UU.-México acerca de los ciudadanos americanos;[400] y 2). el crédito brindado por Canadá para los impuestos mexicanos sobre dividendos de portafolio pagados a los socios canadienses por corporaciones mexicanas.[401]

Bajo el tratado tributario Canadá-México, México ofrece un crédito tributario extranjero indirecto a las provisiones de la ley mexicana[402] y Canadá acuerda eximir tributación de

---

[398] Ver Tomas Anthony Clayton, José Humberto Diaz-Guerrero & José Trinidad García-Cervantes, "Foreign Investment in México: México Welcomes Foreign Investors", 12 Chicano-Latino L. Rev. 13, en 29-30.

[399] Ver 1991 Canadá-México Tax Treaty, 93 TNI 136-14, in Wayne University Website en http://www.law.wayne.edu/Faculty/Fac_web/mcintyre/text/Treaty_Class/canada_México.pdf.

[400] 1992 U.S.-México Tax Treaty, article 24 (4), IRS Website, en http://www.irs.gov/pub/irs-trty/México.pdf (Ver Apéndice XI).

[401] 1991 Canadá-México Tax Treaty, article 22 (3), 93 TNI 136-14, in Wayne University Website en http://www.law.wayne.edu/Faculty/Fac_web/mcintyre/text/Treaty_Class/canada_México.pdf (Ver Apéndice XI).

[402] 1991 Canadá-México Tax Treaty, article 22(2)(b), idem.

dividendos recibidos por corporaciones canadienses, por el superávit tributable por parte de residentes extranjeros afiliados en México.[403] No hay provisión similar en el tratado tributario US-México concerniente a un crédito tributario extranjero indirecto para corporaciones canadienses recibiendo dividendos fuera del superávit imponible de un residente extranjero afiliado en México o los EE.UU.[404]

En este contexto, una tasa del 15% es considerada pagada a México por un residente de Canadá sobre dividendos de portafolio, si los negocios son llevados principalmente en México, bajo el articulo 22(3) del tratado tributario México-Canadá. Esta tasa mexicana del 15% para los socios canadienses recibiendo dividendos de portafolio de una corporación mexicana asemeja el impuesto brasileño de 25% para compañías canadienses, bajo el tratado tributario Canadá-Brazil[405] de 1984. "México unilateralmente ha abandonado su derecho a tributar dividendos pagados a socios no residentes a través de la eliminación del impuesto de retención sobre los dividendos. Esta posición es algo extraña, dada la práctica internacional, y parece poner a México en una posición negocial débil en sus

[403] 1991 Canadá-México Tax Treaty, article 22(1)(b), idem.
[404] Ver Brian J. Arnold and Neil H. Harris, "NAFTA and the Taxation of Corporate Investment: A view From within NAFTA", 49 Tax L. Rev. 529, en 583.
[405] Canada-Brazil Income Tax Treaty, article 22 (3), 94 TNI 32-12; Doc 94-30040. Ver Apéndice VI.

negociaciones de tratado. México quiere atraer inversiones de todos los países, incluyendo aquellos con los que es improbable negociar un tratado. Tal vez ello refleja el argumento de México de que tiene poco poder negociador, que tiene poco que perder en concesiones unilaterales."[406]

El crédito referido anteriormente es ciertamente una provisión CTS única. Tal vez es por ello que los EE.UU. no acordó brindar esta clase de CTS para los dividendos de compañías mexicanas por cualquier impuesto mexicano al respecto.[407] Este CTS desafía la supuesta armonización de los sistemas tributarios de los socios del NAFTA. No existe una política tributaria uniforme dentro del NAFTA y sus miembros están cautos de compartir una política confusa de los EE.UU. contra el CTS.[408] Si los EE.UU. no puede prevalecer con su propia política contra el CTS en casa (dentro del escenario del NAFTA), cómo los EE.UU. podría pretender ampliar su política contra el CTS en el extranjero (y extenderlo al escenario del ALCA por ejemplo). "Este análisis ilustra que hay serias discrepancias en la carga tributaria para inversionistas canadienses de portafolio en corporaciones canadienses,

[406] Ver Brian J. Arnold and Neil H. Harris, arriba nota 404 en p. 584.
[407] Ver Brian J. Arnold and Neil H. Harris, arriba nota 404 en p. 586.
[408] "Para alcanzar neutralidad fiscal, un residente de Canadá, México o los EE.UU. debería tolerar el mismo peso tributario por los dividendos recibidos de una corporación residente en cualquiera de los tres países." Ver Brian J. Arnold and Neil H. Harris, arriba nota 404 en p. 586.

mexicanas y estadounidenses. Aunque parece deseable dentro del contexto del NAFTA para las cargas tributarias sobre inversiones de portafolio en los tres países, a ser armonizada, no hay un modo simple para lograrlo."[409]

El problema es que el Tesoro de los EE.UU. siempre neutralizará los incentivos tributarios mexicanos cuando las ganancias sean repatriadas, subsidiando al Tesoro de los EE.UU. en vez de estimular la inversión directa extranjera en México.[410] Consecuentemente la neutralidad tributaria del acuerdo NAFTA no existe. Para lograr neutralidad tributaria, residentes de Canadá, México y los EE.UU. deberían tener la misma carga tributaria por dividendos recibidos de corporaciones domésticas en cualquiera de los tres países socios, y ello no está ocurriendo.[411] La neutralidad tributaria es una ilusión.[412]

Además, los EE.UU. podría hacer una contribución a sus socios comerciales si "uno acepta la premisa que la inversión privada estimula el desarrollo mexicano y reduce las presiones migratorias."[413] Sin embargo, la terca negativa de los EE.UU. de brindar provisiones CTS daña la posición competitiva de los

[409] Ver Brian J. Arnold and Neil H. Harris, arriba nota 404 en p. 590.
[410] Ver Gregory C. Shaffer, arriba nota 317 en pp. 211-222.
[411] Brian J. Arnold and Neil H. Harris, arriba nota 404 en p. 586.
[412] "Consideraciones del mercado, y no consideraciones fiscales, deberían dirigir las decisiones de inversión.» Letter from the Assistant Secretary Mr. Ronald A. Pearlman to Korean Authorities, in Tax Analysts, 85 TNI 23-29.
[413] Ver Gregory C. Shaffer, arriba nota317 en p. 213.

EE.UU., y no provee ninguna ayuda a su socio de tratado, México.[414]

Adicionalmente, hay dos lecciones derivadas de los tratados tributarios de México con sus socios del NAFTA que deben ser preservadas como un ejemplo para los miembros del ALCA: 1). Aunque los EE.UU. (con una política en contra del CTS) pertenezca a un área de libre comercio (NAFTA), un CTS puede ser brindado a cualquier otro miembro del NAFTA si así lo desea, como el caso de Canadá brindando un CTS a México.[415] 2). – Justo porque un socio comercial (México) pertenezca a un área de libre comercio (NAFTA), no significa que México no pueda negociar el CTS con otros países no miembros del NAFTA, como es el caso del CTS brindado sobre bases recíprocas con España.[416] Similarmente, no por ser un miembro del ALCA, no significa que no puedan negociar provisiones CTS entre ellos mismos, con Canadá o con otros

[414] En una escala global "en un mundo en el que el 74% de la humanidad posee sólo 25% de los recursos del mundo, objetivos humanitarios deberían también jugar un rol en la política fiscal internacional de los EE.UU." Ver Gregory C. Shaffer, arriba nota 317 en p. 213.

[415] «Convention Between the United States of América and Canada with Respect to Taxes on Income and Capital", Sept. 26, 1980, art. 21 (5), disponible en http:// www.ivtItaxlaw.com/TREATIES/CANADA/Treatyhtm#CaArticle%20XXI

[416] El OECD considera que España brinda tax-sparing a México; sin embargo, el artículo 23, párrafo 3, contradice aquel enunciado. Ver "OECD Tax Sparing Report», arriba nota 43 en p. 65.

países del globo, a pesar de la postura en contra del CTS de los EE.UU.

c) La Posición de Canadá

Canadá favorece el CTS en sus tratados tributarios con países menos desarrollados, por lo que su tejido de tratados tributarios es rico y exitoso. Canadá ha sabido cómo acomodar sus intereses a las necesidades de los países en desarrollo, y la llave de ello es el CTS.[417]

Por 1985, Canadá había concedido el CTS a 23 países: Bangladesh, Barbados, Camerún, Chipre, la República Dominicana, Egipto, Indonesia, Irlanda, Israel, la Costa de Marfil, Jamaica, Kenia, Corea, Malasia, Marruecos, Pakistán, Rumanía, Singapur, España, Tailandia, Tunicia, y Zambia. Un tratado con Brazil estuvo esperando ratificación,[418] y Canadá celebró otro tratado tributario con Argentina en 1993.[419]

El CTS no constituye un problema para la economía de Canadá, a diferencia de los EE.UU. Esto es debido a muchos factores económicos. El método de exención tributaria canadiense ha resultado en el reconocimiento de algunos incentivos tributarios extranjeros, a pesar de la provisión tax-

[417] Ver Aldo Forgione, arriba nota 256 en p. 530.
[418] Deborah Toaze, arriba nota 30 en p. 892.
[419] Ver Apéndices 1-5.

sparing. También, Canadá, en cierto momento, ha sido un país importador de capitales, "como resultado, debería haber más simpatía en Canadá que en los Estados Unidos por la posición de los países en desarrollo."[420] Además, Canadá prestamente brindó créditos tax-sparing para asegurar ventajas comparativas negociales en los países en desarrollo.[421]

De otro lado, han existido otras preocupaciones más acerca de los beneficios y excesos que el Tratado Tributario entre Brasil y Canadá (1984) ha traído al ambiente canadiense.[422] Algunos estudiosos consideran que el artículo 22, párrafos 2 y 3 del tratado tributario entre Canadá y Brasil es muy generoso a Brasil;[423] sin embargo, provisiones similares son encontradas en los tratados brasileros con Dinamarca, Corea, Finlandia, Países Bajos y las Filipinas.[424] Este tratamiento financiero ventajoso es debido a su mercado estratégico. Brasil fue ranqueado como noveno entre las treinta localidades más atractivas para la inversión extranjera para las firmas

[420] Deborah Toaze, arriba nota 30 en pp. 890-891.
[421] Deborah Toaze, Idem.
[422] International Tax Treaties. Lexis Nexis Database.
[423] Deborah Toaze, arriba nota 30 en p. 887.
[424] Artículos pertinentes de los tratados brasileros con: Dinamarca (artículo 23, párrafo 3), Corea (tax sparing otorgado bajo bases recíprocas: artículo 23 párrafo 2), Finlandia (artículo 22 párrafo 2), Países Bajos (artículo 23 párrafos 3 and 4), las Filipinas (tax-sparing brindado sobre bases recíprocas: artículo 23 párrafo 2). Ver "International Tax Treaties." Ver Lexis Nexis Database.

americanas, siendo todos los países, ranqueados delante de Brasil, catalogados como "desarrollados."[425]

Esta "generosa" ventaja para Brasil, y los riesgos, abusos y excesos del citado artículo (artículo 22 del tratado tributario entre Canadá y Brazil), ha provocado la construcción de algunas soluciones que el sistema de Aduanas de Canadá y la Agencia de Renta (siglas en inglés: Canadá Customs and Revenue Agency "CCRA") podría considerar, tales como: 1) el CCRA podría aplicar la provisión antiabuso en determinar la cantidad de créditos tax-sparing disponible al residente canadiense implicado en situaciones tax-sparing (sección 126 de la Ley); 2) El CCRA podría aplicar la regla general Antiabuso (en ingles General Anti-Avoidance Rule GAAR) en la sección 245 de la ley; o 3). El CCRA podría aplicar otras bases en atacar prácticas abusivas, tales como una interpretación liberal de las provisiones del tratado.[426] Sin embargo, no está claro si las provisiones GAAT pueden derogar enteramente provisiones del tratado tributario,[427] pero aquellas preocupaciones pueden ayudar a otros países a elaborar tratados tributarios más articulados en el futuro.

[425] Deborah Toaze, arriba nota 30 en p. 887.
[426] Deborah Toaze, idem en pp. 898-899.
[427] Deborah Toaze, idem en 905.

Estas importantes soluciones no son sólo significativas a la experiencia canadiense sino también a la experiencia mundial, tomando en consideración diferencias geográficas y culturales con el país miembro contratante.

7.3 Los Países del Caribe

a. Puerto Rico y otras Posesiones:[428]

Puerto Rico ha gozado del beneficio de los créditos tributarios brindados por los EE.UU. a empresas americanas operando en territorio portorriqueño y otras posesiones.[429]

Las operaciones de compañías americanas trabajando en posesiones de los EE.UU. han estado sujetas a singulares regulaciones tributarias desde la Ley de Rentas de 1921.[430]

---

[428] Aunque el IRC conceptualiza a Puerto Rico como una posesión de los EE.UU., no incluye a Puerto Rico en la definición de "Estados Unidos." Ver IRC 8 7701 (a)(9), (d). U.S. Tax Code On-Line, in John Walker "Index Librorum Liberorum" en http:/ /www.fourmilab.ch/uscode/26usc/www/sections.html. Ver also LaBrenda Garrett-Nelson, arriba nota 296 en p. 323.

[429] "Se discute que estimulando capitales norteamericanos a ubicarse en países de baja tasa fiscal podría proveer más beneficios a los EE.UU. que la inversión doméstica del mismo capital. Por ejemplo, este concepto inspira el crédito fiscal de las posesiones (sección 936)...» nota 57 del documento preparado por la Comisión Conjunta de Tributación cuya audiencia ante el Comité de Asuntos Domésticos de la Casa de Representantes para el 24-25 y el 30-31 de enero de 1990, "Background and Issues Relating to the Taxation of Foreign Investment in the United States», JCS 1-90, p. 58.

[430] Originalmente estas provisiones fueron proyectadas para asistir corporaciones americanas a competir con negocios extranjeros en las Filipinas. Ver William Lee Andrews, «No Bull's Eye For "Targeted" international Tax Rules», 18 Va. Tax Rev. 781, en p. 797.

Puerto Rico también tuvo una deducción y un crédito para compañías americanas, bajo el Código Tributario de EE.UU. de 1954, sección 931 (f). Sin embargo, en 1976 fue brindada una provisión CTS bajo la sección 936[431] que luego fue reformada en 1996 cuando se implementó un período de ventana de 10 años (finalizando en el 2006) para las compañías trabajando en ese momento con la sección 936 y prohibiendo, al mismo tiempo, la eficacia de este CTS (sección 936) a las nuevas compañías, a través de cambios contenidos en la sección 30(A) del Código Tributario.

Puerto Rico fue un país pobre muy poblado cuya economía fue basada en la agricultura. “Si la condición de las masas de la gente de la isla en el período antes de 1928 podría ser descrito como 'deplorable', luego, la situación de la gente de Puerto Rico en los próximos trece años puede sólo ser descrita como 'crítica.' Comenzando a mediados de los treinta, los programas del “New Deal” fueron expandidos a Puerto Rico. Aunque $1 millón por mes fue gastado en Puerto Rico, los programas consistieron en un poco más que llenar estómagos vacíos y mitigar el sufrimiento y no atacaron los problemas

[431] El crédito de la sección 936 es un verdadero crédito tax-sparing. Ver “Tax Rules Relating to Puerto Rico Under Present Law and Under Statehood Independence, and Enhanced Commonwealth Status», in Joint Committee Print, JCS 19-89, scheduled for hearings before the Senate Committee on Finance on November 15-15, 1989, and prepared by the Staff of the Joint Committee on Taxation, p. 41.

estructurales de la economía subdesarrollada de Puerto Rico."[432]

"Operación Bootstrap" significó un significativo programa patrocinado por los EE.UU. para ayudar al desarrollo económico industrial de la isla en 1948.[433] Posterior desarrollo a estos esfuerzos constituyó las secciones 931 del Código Tributario de 1954 (como está referido) y sección 936 del Código Tributario corregido en 1976, que fue diseñado para ayudar a la producción de empleo productivo.[434] La sección 936 fue diseñada específicamente para promover el desarrollo económico de Puerto Rico. "El crédito de la sección 936 es claramente un crédito tax-sparing... porque es operativo aún si los impuestos atribuibles a un ingreso calificado son realmente pagados o no. El Congreso reconoció que este era un crédito tax-sparing."[435] Esto es, el crédito era ofrecido si la compañía pagaba o no impuesto en las posesiones.[436] Ello exceptuó las ganancias de compañías americanas operando en Puerto Rico de la tributación en los EE.UU. y eximió la repatriación del ingreso

[432] Ann J. Davidson, "A Credit for All Reasons: The Ambivalent Role of Section 936", 19 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 97, en 107.
[433] Puerto Rico profile, in UK Trade and Invest, 2001, en http://www-uktradeinvest.gov.uk/text/puerto_rico/profile/O3_economic/economic.shtml
[434] William Lee Andrews, arriba nota 430 en p. 797.
[435] William J. Martin, arriba nota 20 en pp. 451-452.
[436] William Lee Andrews, arriba nota 430 en p. 798.

a los EE.UU.[437] Esta provisión representó un ingreso importante a la economía de Puerto Rico.

Adicionalmente, la sección 936 representó un incentivo a la economía de Puerto Rico; un ejemplo de ello son la industria farmacéutica[438] y la industria mecánica eléctrica que se desarrollaron en la isla. La industria bancaria también recibió un importante estímulo.[439]

Especialmente en la industria farmacéutica, las compañías americanas fueron capaces de competir con otras naciones que tomaron ventaja del tax-sparing.[440]

---

[437] "A diferencia del crédito tributario extranjero, el crédito tributario de Puerto Rico y las posesiones es un crédito 'tax- sparing.' Esto es, el crédito es brindado aún si la compañía paga el impuesto a la posesión.» Revenue Provisions of the Small Business Job Protection Act of 1996, (HR 3448), in "General Explanation of Tax Legislation Enacted in the 104th Congress", prepared by the Staff of the Joint Committee on Taxation, December 18, 1998, U.S. Government Printing Office, Washington, 1996.

[438] Cuando el Presidente de la Asociación de Fabricantes Farmacéuticos, Geranld J. Mossinghoff, fue invitado a participar ante el Comité de Asuntos Domésticos de la Casa de Representantes de los EE.UU. (U.S. House of Representatives Committee of Ways and Means) en Julio 18 de 1991, para discutir la situación de la industria farmacéutica, él refirió que para que esta industria se mantenga a ese mismo nivel de competencia, el crédito tax-sparing de las posesiones de la sección 936 debería ser mantenida. Ver Jonathan L. Mezrich, "International Tax Issues of the U.S. Pharmaceutical Industry." 10 Akron Tax J. 127, en pp. 131-132.

[439] Magaly Rivera, "History", Welcome to Puerto Rico website, en http:// welcome.topuertorico.org/history6.shtml

[440] "A causa del tratamiento que las compañías han estado teniendo en posesiones tales como Puerto Rico, han podido mantener su ventaja competitiva." Ver Jonathan L. Mezrich, arriba nota 438 en p. 157.

Los beneficios de la sección 936 fueron modificados en 1986[441] y ajustados en 1993 por algunos límites a la actividad económica[442] en todo el crédito tributario.[443] En Agosto 1993, el Congreso aprobó la Ley de Conciliación de Renta y Presupuesto (en inglés: Omnibus Budget Revenue Reconciliation Act of 1993, "OBRA"). La sección 13227 del OBRA proveyó severas limitaciones al uso del crédito de la sección 936.[444] Además, en 1996, después de 20 años de que Puerto Rico gozó de este incentivo tributario, la administración de los EE.UU. la reformó. Sin embargo, los resultados económicos en Puerto Rico desde 1982 han sido consistentes y positivos. El ingreso por empleo y la inversión en casi cada uno de estos años incrementó, y esta ola continuó aún después de los cambios legislativos a la sección 936 in 1993.[445] El Producto Doméstico Bruto (en inglés, Gross Domestic Product "GDP") y

[441] "Para promover la autonomía fiscal de las posesiones, fue importante permitir a cada posesión desarrollar un sistema tributario que fuera compatible con sus propias necesidades fiscales y recursos administrativos. Fue importante también coordinar sistemas fiscales de las posesiones con el sistema fiscal americano para proveer certeza y minimizar el potencial de abuso." General Explanation of the Tax Reform Act of 1986 (prepared by the Staff of the Joint Committee on Taxation and released on May 7, 1987). H.R. 3838, 99th Congress. Public law 99-514, May 4, 1984, U.S. Government Printing Office, Washington, 1987, p. 1118.

[442] Ver IRC 3 936 (a)(4). Antes de este límite, el crédito fue brindado por la cantidad total del impuesto americano sobre el ingreso procedente de las posesiones. Ver, William J. Martin, arriba nota 50 en p. 451.

[443] Timothy Goodspeed & Ann Dryden Witte, arriba nota 3 en pp. 279-280.

[444] Ver Jonathan L. Mezrich, arriba nota 438 en p. 155.

[445] William Lee Andrews, arriba nota 430 en p. 801.

el producto bruto nacional (gross national product "GNP") incrementó entre 1982 y 1996, el desempleo decreció de 23.5% en 1983 a 13.8% en 1996, y la participación de la fuerza laboral incrementó también durante este período, de 43% a 46%.[446] La inversión creció de $7.6 billones en 1982 a $15.7 billones en 1996; el incremento entre 1994 y 1996 fue de $1.3 billones. Esta ola de crecimiento económico continuó después de los cambios legislativos de 1993.[447]

Uno de los principales argumentos para la reforma fue que ningún incentivo tributario podría estar disponible a Puerto Rico si se convertía en un estado de los Estados Unidos.[448] La sección 936 fue considerada la "herramienta más importante para el desarrollo económico de Puerto Rico."[449] Otro argumento es que el crédito proveyó un beneficio significativo a un pequeño número de compañías americanas con operaciones en calificadas posesiones; sin embargo, la mera oposición a los

[446] William Lee Andrews, idem en p. 802.
[447] William Lee Andrews, idem en p. 802.
[448] "Tax Rules Relating to Puerto Rico under Present Law and under Statehood, Independence and Enhanced Commonwealth Status», documento preparado por el Comité Conjunto de Tributación, con audiencias ante el Comité Financiero del Senado en noviembre 14-15, 1989, JCS-19-89, p. 30.
[449] Rafael Hernandez Colón, "Status: End Game VI: It is Time To End The Nightmare", Puerto Rico Herald, April 24, 2003, en http://www.puertorico-herald.org/issues/ 2003/vol7n20/CBStatusEndGame-en.shtml

créditos tax-sparing no fue la razón para repeler esta provisión.[450]

El CTS representó un incentivo pero también, de acuerdo al estimado de la Oficina de Presupuesto del Congreso, podría haber generado una pérdida de $15 millones entre 1993 y 1997.[451] Combinando los estimados del Departamento del Tesoro y el Comité Conjunto, la pérdida total anual por los créditos tributarios de la sección 936 crecerá de $ 3 billones en 1996 a casi $ 4.4 billones para el año 2000.[452] Adicionalmente, el otro factor de riesgo fue que los trabajos creados por la sección 936 no fueron suficientes para copar todas las expectativas;[453]

---

[450] William J. Martin, arriba nota 50 en p. 452.

[451] Thomson South Western, "Possessions Credit", en http://www.swlearning.com/ tax/wft/wft_2004/wft_2004_adv_entities/ch07/diggingd/digging_deeper.html

[452] "Adicionalmente a los impuestos condonados, el gobierno federal de los EE.UU. está pagando más de $5 billones al año a Puerto Rico en "Pagos Federales Directos para Individuos" (por ejemplo, seguro social, medicare, retiro federal, pagos por inhabilidad, pagos a los veteranos, estampillas alimentarias, asistencia para viviendas, etc.)" Ver William Lee Andrews, arriba nota 430 en p. 804.

[453] Para Luis Costas, Vice-Presidente de los Portorriqueños en Acción Civil: "La sección 936 del Código Tributario es un escandaloso desperdicio de fondos federales... De acuerdo a la Junta de Planificación de Puerto Rico, el número estimado de empleados en el grupo total de productos químicos y análogos en Puerto Rico, que incluye farmacéuticos, fue 22,600 para el año fiscal de 1991; y tales empleados constituyeron menos que el 2 1/2% del número total de personas empleadas (925,000) por los sectores mayoritarios industriales en Puerto Rico; aún, corporaciones farmacéuticas acumularon 56% de los gastos fiscales de la sección 936 en 1987 o $1.3 billones de los $2.3 billones en total de los beneficios de la sección 936 en el año 1987..." Ver Luis Costas, "Puerto Rican Group's Testimony en Ways and Means

sin embargo, este asunto no considera los créditos indirectos generados por la inversión en Puerto Rico.[454] En 1984 fue estimado que la sección 936 resultó en 94,433 trabajos directos y un adicional de 154,270 de trabajos indirectos.[455]

Por esta principal razón, el Congreso en Agosto 20 de 1996, aprobó la "Ley de la Protección al Trabajo de Pequeños Negocios de 1996", cuya sección 1601 (a) esencialmente modificó el CTS proporcionado por la sección 936 y fue

---

Hearing on Foreign income Tax Bill", 22 July, 1992, 92 STN 143-17. Sin embargo, aquellos números deben ser estudiados con los otros números expuestos en esta sección que muestra cuán efectivo fue la sección 936. Adicionalmente, una solución puede ser vista en el propio reporte de Luis Costas que reseñó una cita del Premio Nóbel James Tobin: «El beneficio neto para Puerto Rico no es automáticamente positivo; DEBE SER CUIDADOSAMENTE ESTIMADO CASO POR CASO." Idem en p. 4. Efectivamente, la gran lección que emana de la experiencia portorriqueña es que el CTS debe estar bien diseñado y monitoreado en términos de tiempo e inversión. El hecho que no todos los objetivos hayan sido cumplidos no significa una negación de su efectividad.

[454] En el caso particular de la industria farmacéutica, por ejemplo, «muchos de los argumentos de los Senadores en contra de la sección 936 viene de una serie de estudios gubernamentales culminando con una con un estudio del Gobierno de mayo de 1992 (GAO), y un reporte de la Oficina de Tecnología publicado el 25 de febrero de 1993. El estudio GAO estimó que un total de 26 compañías farmacéuticas fueron capaces de ahorrar $8.5 millones en impuestos federales y locales en los ochenta. Asimismo, los fabricantes de drogas recibieron $70,788 en créditos tributarios por cada empleado portorriqueño contratado (en 1987), mientras que el promedio de sueldos pagados a los empleados era solo de $26,500. "Lobbyists" de aquellas empresas disputaron el valor de este estudio al notar que se fracasó en reseñar que las compañías proveyeron 115,000 trabajos en la isla, y que por cada trabajador **existían muchos trabajos indirectamente generados** por el inversionista en Puerto Rico." Ver Jonathan L. Mezrich, arriba nota 438 en p. 152.

[455] Ann J. Davidson, arriba nota 432 en p. 128.

básicamente reflejado en las actuales secciones 936 (j) y 30 A del Código Tributario, que frena la eficacia de la sección 936 y contiene un período de límite de retirada progresiva de 10 años.[456] Esto significa que el CTS será aplicado sólo a compañías conduciendo activos negocios en una posesión en Octubre 13 de 1995; finalizando tal crédito para enero 1, 2006. Estas medidas fueron parte de la reforma americana del "bienestar de las compañías."[457]

Por ende, el análisis económico de la sección 936 trae la idea de que este incentivo fue económicamente ineficiente porque los beneficios cuantificables no justifican los costos.[458] Sin embargo, la pregunta permanece: ¿están los ciudadanos de los EE.UU. y Puerto Rico mejor a causa de la sección 936?

---

[456] IRC 5 936 (j) (2) establece un período transitorio de 10 años. Ver "the Memorandum of the Department of Treasury", April 5, 2000, en http://www.irs.gov/pub/irs-wd/0022049.pdf

[457] Rubén Berrios Martínez, Puerto Rico's Decolonization, from Foreign Affairs, November/December 1997, en http://www.foreignaffairs.org/19971101faessay3814/ ruber-berrios-martinez/puerto-rico-s-Decolonization.html

[458] Por ejemplo, "la industria farmacéutica recibió $1.3 billones de los $2.3 billones de los créditos 936; mientras que empleó sólo cerca de 18,000 de los 100,916 trabajadores en firmas que gozaron de los beneficios de la sección 936. Johnson & Johnson solamente ahorró un estimado de $1.12 billones en impuestos de 1980 a 1990. El costo promedio del Tesoro Americano por cada trabajador portorriqueño en la industria farmacéutica aquel año fue $70,788, mientras que la compensación promedio fue de $26,512. Por ende, por cada dólar de la compensación por empleado, las compañías farmacéuticas recibieron $2.67 en beneficios tributaros del Tesoro de los EE.UU." Ver William Lee Andrews, arriba nota 430 en pp. 809-810.

¿Están disfrutando de un mejorado nivel de vida a causa de esta medida de la sección 936?

A pesar del negativo comentario acerca de "propósitos legislativos privados e industrias favorecidas", durante el reino de la sección 936 (al menos desde las últimas figuras de los años 1982-1996), Puerto Rico's GCP creció el doble que su GNP. Ello significa un alza del nivel de vida; esto es, por las estadísticas que están disponibles y reportadas anteriormente, mientras que la sección 936 ha estado en efecto, Puerto Rico ha experimentado un incremento en la inversión, ingreso y empleo. La teoría del suministro también apoya la noción que los incentivos de producción, aun siendo dirigidos, impulsan la economía y los estándares de vida... en balance, la sección 936 ha ayudado a Puerto Rico a alcanzar un nivel nunca visto antes. Aunque no es todavía el pináculo sino sólo un nivel intermedio. La sección 936 parece haber sobrevivido a cualquier eficiencia que podría haber tenido."[459]

Consecuentemente, si la sección 936 ha ayudado a la economía de Puerto Rico, su parcial remoción en 1996 es incomprensible, porque la sección 936 ha conseguido los tres estándares de competitividad "multinacional, comercio y estándares de vida," de acuerdo a los esquemas del

[459] William Lee Andrews, idem en pp. 811-812.

Departamento del Tesoro, amplificado por el Comité Conjunto.[460] Además, de acuerdo al análisis de algunos estudiosos, la sección 936 recibió un puntaje de 1.5 puntos,[461] mientras que el subsidio ilegal FSC/ETI obtuvo 2.5 puntos.[462] A mayor abundamiento, la sección 936 ayudó a que Puerto Rico se transformara de una casa pobre del Caribe en una economía de alta tecnología (comparando Puerto Rico con otros países del Caribe), y aún pese a que este crédito tax-sparing no solucionó estos problemas crónicos del desempleo, al menos ayudó a la economía en gran medida y constituyó un colchón para que Puerto Rico desarrolle su propia solución al problema del desempleo.[463] Un dato histórico interesante es que en 1993, el

[460] Willian Lee Andrews, idem en p. 812.

[461] "De acuerdo con el análisis anterior, un resumen de cómo este artículo califica la sección 936 por medio de los cinco objetivos es como sigue: para la competitividad, total crédito es proporcionado. Debido a la contribución para el alivio de la doble tributación, de acuerdo con aceptadas normas internacionales es asumido haber alcanzado un 5%. Con respecto a la preservación de la base tributaria, la sección 936 apunta negativamente a causa de la pérdida en la recaudación fiscal. Este es un resultado complicado, pero por este objetivo, el efecto de la sección 936 fue menos que solamente neutral. Las otras dos pruebas dieron un resultado de cero. Por ende, aquellos resultados pueden ser integrados dentro de una medida para comparar con otras reglas fiscales internacionales, donde pesos y puntos son asignados de acuerdo al rango en la prioridad de objetivos; la sección 936 recibió un sonoro puntaje de 1.5" Ver William Lee Andrews, idem en pp. 812-3.

[462] About the FSC, Ver Apéndice 7. Ver also William Lee Andrews, arriba nota 430 en pp. 838-40.

[463] Ann J. Davidson, arriba nota 432 en p. 136.

Presidente Clinton propuso la cancelación de la sección 936,[464] implementado en 1996 (por la Ley de Protección del Trabajo en Pequeños Negocios)[465] reflejado en la sección 30ª del Código Tributario), y fue él mismo quien propuso en 1998 hacer permanente esta nueva sección 30A porque la pérdida representó un estimado de $ 417 millones al año en incentivos tributarios que tendrían que ser repuestos, generado por el desplazamiento de la sección 936. Fue estimado que 100,000 portorriqueños fueron empleados en compañías operando bajo la sección 936[466] y 4 millones de ciudadanos americanos están actualmente viviendo en la isla.[467]

Este adverso impacto, de otro lado, ha motivado el diseño de otras estrategias para capturar la inversión extranjera. Otros sectores políticos y sociales propusieron negociar la provisión CTS con países europeos y asiáticos. Esta actitud demuestra la gran aceptación de los incentivos tributarios[468] y los métodos creativos para incluir otros sectores como el turismo

[464] Mezrich said in 1993: "President Clinton and Senador Pryor may be about to "kill the goose then lays the golden eggs." Ver Jonathan L. Mezrich, arriba nota 438 en p. 167.
[465] Section 1601, "Modifications of Puerto Rico and possession tax credit."
[466] Magaly Rivera, arriba nota 439.
[467] Brian E. Andreoli and David M. Press, "Puerto Rico after 936. The Hidden Treasure", Commonwealth of Puerto Rico website, en http://www.pridco.com/english/do-ingbusiness/PR_After_936_final.DOC
[468] Ramón López-Alemán, "Frequently Asked Questions", 1996, translation by J.M. Rob Mariner, en http://www.geocities.com/elgranmoncho2002/engver.html

y exportaciones.[469] La experiencia portorriqueña con Japón en 1986 puede ser instructiva, cuando el Departamento de Estado de los EE.UU. -después de un año de consideración- no podría autorizar a Puerto Rico a negociar un tratado tributario bilateral con Japón conteniendo una provisión tax-sparing porque violaría la política de los EE.UU.[470] El status de Puerto Rico como una posesión de los EE.UU. condiciona a que solicite autorización a los EE.UU. a negociar tratados tributarios bilaterales con otros países conteniendo CTS. Afortunadamente los países LAC no son todavía colonias políticas de los EE.UU. (a pesar de que algunos consideran que son "colonias económicas") significando que pueden negociar libremente con cualquier país deseoso de proveer este CTS a pesar de la resistencia de los EE.UU.

Algunos sectores exploran los beneficios y riesgos de la sección 956 del Código Tributario Americano y la creación de CFCs (Corporaciones Foráneas Controladas),[471] mientras que otros contemplan mecanismos alternativos para aliviar el impacto negativo del desplazamiento definitivo de la sección 936 en el año 2006, a través de las propuestas de Puerto Rico

[469] "Few Facts About Puerto Rico», in Society and Politics, 2001, en http://www.touristquickguide.com/tourismtopics/societypolitics.shtml
[470] Ann J. Davidson, arriba nota 432 en pp. 130-131.
[471] John Marino, "Section 956: Dead on Arrival", Puerto Rico Herald, March 15, 2002, en http://www.puertorico-herald.org/issues/2002/vol6n11/PRR0611-en.shtml

para corregir la sección 956 sometida en el año 2001, que podría conferir los beneficios en una CFC, independientemente de la jurisdicción foránea en que está incorporada.[472]

Finalmente, para propósitos tributarios domésticos, la sección 30A se aplica sólo a Puerto Rico, mientras que la sección 936 todavía se aplica en su integridad a todas las posesiones (además de Puerto Rico); sin embargo, el período de límite de desplazamiento es el 1ro de enero del 2006. Para propósitos del crédito, las posesiones de EE.UU. incluye: 1) Puerto Rico, 2) Guam, 3) Somoa americana, 4) Islas Marianas y 5) Islas Vírgenes.[473]

b) Barbados: Existen provisiones CTS en tratados tributarios con Finlandia, Noruega, Suecia y Canadá.[474]

c) Jamaica: Trinidad y Tobago y otros Estados:[475] Todos estos países tienen CTS en sus tratados tributarios con: Canadá,

[472] Ralph J. Jr. Sierra, "Puerto Rico and the Anti-Inversion Challenge", International Tax Journal in Puerto Rico Herald, volume 29, issue 3, July 1, 2003, en http:// www.puertoricoherald.org/issues/2003/vol7n30/PRAntilnversion-en.shtml

[473] U.S. Department of the Treasury, Internal Revenue Service, IRS.gov, en http:// www.irs.gov/instructions/i5735/ch01.html

[474] Lowtax.net, Barbados Double Tax Treaties, June 2004, en http://www.lowtax.net/ lowtax/html/jbs2tax.htm#2tax. Ver Apéndices IV-V.

[475] Ver Apéndices IV-V.

Noruega, Suecia, Suiza, Reino Unido e Italia, entre otras naciones desarrolladas.[476]

7.4 El Grupo Andino (A.G.)

a) Decisión 578:

La Comunidad Andina está conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador Perú y Venezuela. En mayo 4 del 2004, el Comité de Toma de Decisiones del Pacto Andino aprobó la Decisión 578, que intentó evitar la doble tributación entre los países miembros y reemplazar la antigua Decisión 540 de 1971 (mejor conocida como el "Tratado para evitar la doble tributación en países del Pacto Andino" o el "Tratado del Pacto Andino.")[477]

Este nuevo instrumento, "acuerdo para evitar la doble tributación y prevención de la evasión fiscal", focaliza su atención en el esfuerzo de los países miembros para combatir el fraude tributario, evasión fiscal y otros problemas, bajo la sección 19 especialmente.[478]

---

[476] Ver Paul Tadros, "The Income Tax Treaties of Barbados, Jamaica and the Republic of Trinidad and Tobago", in Practical Latin American Tax Strategies, June 2004, vol. 7, number 6, en 14-20.

[477] Ver Carlos Chaparro and John A. Salemo, "Colombia: Modifications to the Andean Pact Treaty", in Practical Latin American Tax Strategies (Report on Tax Planning for International Companies Operating in Latin América), June 2004, Vol. 7, number 6, en p. 12.

[478] Ver Decision 578, Andean Community website, en http://www.comunidadandina.org/ normeniva/dec/D578.htm

b) <u>Tratado Tributario entre Venezuela-España</u>:

La convención entre Venezuela y España para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal entre los dos países, fue publicada en la Gaceta Oficial de Venezuela Nro. 37.913, del 5 de abril del 2004. La Convención fue firmada el 8 de abril del 2003 y se hizo efectiva el Iro de enero del 2005, si Venezuela y España concluyeran los requerimientos constitucionales necesarios para que la Convención entre en rigor.[479]

Uno de las principales características de esta Convención es que la propiedad de compañías venezolanas a través de compañías españolas, es atractivo porque España tiene un régimen de exenciones, que permite que los dividendos de subsidiarias extranjeras estén exentos de impuestos en España cuando ciertos requerimientos son cumplidos.[480] La Convención especifica que la exención podría dejar de aplicarse si una compañía estuviera incorporada solamente por el propósito de beneficiarse de esta provisión.[481]

---

[479] Ver Ronald E. Evans (Baker 8 Mckenzle), "Venezuela-Spain Double Taxation Treaty Published", in "Practical Latin American Tax Strategies. Report on Tax Planning for International Companies Operating in Latin America", Vol. 7, number 4, April 2004, en p. 13.

[480] Ronald E. Evans, id.

[481] Ver el Protocolo de la Convención Fiscal entre España-Venezuela, en Lexis Nexis Database VI Artículo 10, párrafo 3: La exención contenida en el párrafo 3 del artículo 10 de esta convención no deberá aplicar en caso de que

7.5 Experiencia del MERCOSUR (Mercado Común del Sur)

a) Introducción:

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) está compuesto de Uruguay, Paraguay, Brazil y Argentina. Este bloque de países en conjunto y en particular cada país está experimentando un pronto desarrollo rumbo al CTS.[482] Uruguay está experimentando un "boom" en la promoción de Zonas Libres como un medio para la consolidación de una economía de libre mercado.[483]

De otro lado, el Departamento Fiscal Brasilero ha emitido una regulación (Normativa 244/2002), publicada el

---

la compañía distribuyendo los dividendos ha sido establecida en el Estado por el solo propósito de aprovechar dicha exención."

[482] Ver la página web del MERCOSUR, disponible en http://www.rau.edu.uy/mercosur/

[483] Respaldo gubernamental de las zonas libres fue evidenciada a través de la aprobación de la ley No. 15 921 en diciembre 17, 1987, que declaró el desarrollo de estas áreas como de "interés nacional" para promover la inversión, expandir exportaciones, incrementar el uso de la fuerza laboral uruguaya y promover la integración económica de las economías. Además del hecho que las zonas libres son exceptuadas de toda tributación, existen otros beneficios no fiscales (tales como el simplificado procedimiento para la formación de una entidad legal relevante; monopolio de servicios estatales como telecomunicaciones -gasolina y energía, no están en vigor en las zonas libres-; completa libertad para transferir acciones; moneda local y extranjera y metales preciosos dentro o fuera de las zonas libres, etc.) Ver Daniel Garcia y Eliana Sartori, "Uruguay: A Centralized Service Center with Tax Savings Potential", in "Practical Latin American Tax Strategies. Report on Tax Planning for International Companies Operating in Latin América", May 2004, Vol. 7, number 5, p. 5.

19 de Noviembre del 2002, cuyo artículo 2 provee que los futuros tratados tributarios firmados entre Brazil y los países del MERCOSUR brindarán un CTS sobre las ganancias y dividendos pagados a las compañías residentes brasileras que no hayan pagado impuesto en el país anfitrión a causa de incentivos o concesiones tributarias locales.[484] Ello está limitado sólo para ganancias y dividendos derivados de actividades industriales (a excepción del tabaco y bebidas), agrícolas, forestales y pesqueras.[485]

En este contexto, Brazil ha firmado la Convención Tributaria del 2000 con Paraguay, ofreciendo una provisión tax-sparing en favor de Paraguay en el artículo veintitrés.[486]

b) Tratado Tributario Brazil-EE.UU.:

Actualmente no hay un tratado tributario bilateral entre los Estados Unidos y Brazil. Después de 50 años ambos estados han fracasado en firmar una convención aceptable a ambas naciones.[487] Brazil insistió en la provisión CTS donde los

[484] Ver David Robert Soares da Silva, "Brazil's Revenue Department Issues Regulation on Tax Treaties Issues", 2002 WTD 227-3, (November 22, 2202), en pp. 1-2.
[485] Ver David Robert Soares da Silva, idem.
[486] 2000 Brazil-Paraguay Income Tax Convention, Doc 2001-26993. Ver también Apéndice V (Países no miembros del OECD).
[487] Richard Mitchell. "United States-Brazil Bilateral Income Tax Treaty Negotiations", 209, Hastings International and Comparative Law Review, vol. 21, fall 1997, no. 1.

EE.UU. no estaba dispuesto a ceder.[488] Los EE.UU. y Brazil empezaron las negociaciones del tratado tributario en 1949. En 1967, ambos gobiernos enviaron el tratado tributario completado para su ratificación. Cuando el tratado arribó al Comité de Relaciones Exteriores del Senado de los EE.UU., la administración Kennedy ingresó a la Casa Blanca y se opuso a las provisiones del CTS.[489] Este Comité sometió el tratado de 1967 a todo el pleno con reservaciones sobre la provisión tax-sparing. Desde aquella fecha los EE.UU. no ha cedido en su negativa acerca del CTS, y Brazil ha estado luchando, por su parte, a favor del CTS.

Un punto que es muy importante mencionar es que el Comité rehusó ofrecer deducciones a los residentes de los EE.UU. por contribuciones de caridad para Brasil en el entendido de que legislaciones domésticas, y no tratados tributarios, son los apropiados vehículos para brindar aquellas deducciones.[490] Sin embargo, los EE.UU., añadiendo una inconsistencia más a su larga lista, brindó una deducción similar

[488] Richard Mitchell, idem en pp. 209-210.
[489] Richard Mitchell, idem en pp. 222-224.
[490] Richard Mitchell, idem en p. 224.

por contribuciones de caridad a sus socios de tratado del NAFTA: México[491] y EE.UU.,[492] después de 1967.

La actual posición de Brasil en el mercado global enfatiza la urgencia de los EE.UU. de concluir un tratado tributario con Brasil. Brasil tuvo un GDP en 2003 de $498.4 billones;[493] ranquea en el quinto lugar en población y tamaño geográfico (180 millones de personas) y tiene la octava

[491] Convención entre los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para la Prevención de la evasión fiscal con respecto a los impuestos sobre ingresos, Sept. 18, 1992, en http://www.irs.gov/pub/irs-trty/México.pdf, artículo 22 (4). "Una organización religiosa, científica, literaria, educacional, o de caridad, que es residente en México y que ha recibido substancialmente todo el respaldo de personas otras que ciudadanos o residentes de los Estados Unidos, deberán ser exceptuadas en los EE.UU. de impuestos americanos impuesto con respecto a fundaciones privadas."

[492] Convención entre los EE.UU. y Canadá con respecto al impuesto sobre ingreso y capital, Sept. 26, 1980, art. 21 (5), en http://www.intltaxlaw.com/TREATIES/CANADA/Treaty.htm#CaArticle%20XXI, Artículo 21 (5). Para los propósitos de la tributación en los EE.UU., contribuciones por un ciudadano o residente de los EE.UU. para una organización que es residente en Canadá, que es generalmente exceptuada de tributación canadiense y que podría calificar en los EE.UU. para recibir contribuciones deducibles si fuera residente en los EE.UU., deberá ser tratado como contribuciones de caridad; sin embargo, tales contribuciones (otras contribuciones a las universidad en los que un ciudadano o residente o miembro de su familia es o estuvo enrolado) no deberá ser deducible en ningún año fiscal sí exceden un monto determinado al aplicar el porcentaje de limitaciones de las leyes de los EE.UU. con respecto a las contribuciones por caridad del ingreso de tal ciudadano o residente, que suceda en Canadá. La anterior oración no deberá ser interpretada como para permitir ninguna deducción de años fiscales por contribuciones fiscales en exceso del monto permitido bajo los porcentajes límites de las leyes de los EE.UU. con respecto a la deductibilidad de las contribuciones por caridad.

[493] U.S. Department of State, Bureau of Western Hemisphere Affairs, Brasil GDP in 2003, en http://www.State.gov/r/pa/ei/bgn/1972.htm

economía mundial más grande del planeta.[494] También Brasil es el tercer socio comercial más grande de los EE.UU. después de Canadá y México.[495]

c) Tratado Tributario entre Brasil y Paraguay:

El tratado tributario Brasil-Paraguay descrito anteriormente, no es el único tratado tributario donde un país en desarrollo más desarrollado (Brasil) ofrece el CTS a un país en desarrollo menos desarrollado en la misma región (Paraguay). En el mismo continente, también, Venezuela ofreció el CTS a Barbados, por ejemplo.[496]

7.6 Tratado Tributario entre Canadá-Argentina: Algunas Lecciones

El caso del tratado tributario entre Canadá y Argentina de 1993 muestra que la actual corriente de provisiones CTS es de especificar los sectores económicos sujetos al CTS así como también el tiempo en que el crédito es brindado. Sin embargo, una mejor práctica será capaz de incluir algunas provisiones contra el abuso del tax-sparing en los tratados tributarios

[494] Ver Alan Horowitz, "Brazil, It's a Sleeping Giant with a Tradition of High-Quality Software", September 15, 2003, in Computerworld, en http://www.computerworld.com/managementtopics/outsourcing/story/0,10801,84869,00.html.
[495] Richard Mitchell, arriba nota 487 en p. 226.
[496] 1998 Barbados-Venezuela Income Tax Convention and Final Protocol, 1999 WTD 42-11; Doc 1999-8193. Ver Apéndice IV.

celebrados y dejar algunos espacios abiertos para futuro arreglo en caso de encarar inesperados riesgos que pongan en peligro la estabilidad del sistema CTS implementado por el tratado.

7.7 Balance:

A pesar del hecho que, durante los noventa, los países LAC decidieron abrir sus economías a la inversión extranjera, los EE.UU. no tomó ventaja de esta situación económica. Los países LAC han triplicado el número de tratados en vigor durante este período.[497] Canadá y Europa han negociado tratados con LAC, pero no los EE.UU.[498]

Sin embargo, los EE.UU. está deseoso de negociar tratados tributarios con América Latina,[499] Pero después de haber concluido un tratado tributario con su socio del NAFTA (México) y otro con Venezuela (ambos sin CTS), es improbable que su testaruda posición contra el CTS pueda cambiar.[500]

---

[497] Damian Laurey, arriba nota 2 en p. 493.

[498] El tejido de tratados tributarios de los EE.UU. con países latinoamericanos es pobre. Ver Joel D. Kuntz and Robert J. Peroni. "U.S. International Taxation" Vol. II, SC4-13, table C4-2, Warren Gorham & Lamont, N.Y. 2002.

[499] Richard Mitchell, arriba nota 487 en p. 225.

[500] Algunos estudiosos piensan que los EE.UU. tienen menos impedimentos en negociar tratados tributarios con Latinoamérica y el Caribe, desde que -desde su punto de vista- estos países han reducido su énfasis en la provisión tax-sparing; sin embargo, tales argumentos no tienen serio fundamento. Ver por ejemplo Peter D. Byrne," Foreign Tax problems of U.S. Companies Doing Business in Latin América", 50 U. Miami L. Rev. 483, en 486.

CONCLUSIÓN

1. El CTS es un instrumento eficiente para estimular la inversión directa extranjera en los países LAC en el marco del ALCA.

2. Los EE.UU. no negociarán ninguna provisión CTS con países LAC, pero Canadá lo hará.

3. Los países LAC pueden negociar el CTS no sólo con Canadá sino también con la Comunidad Europea, los países del Sudeste Asiático, China, Japón, entre ellos mismos y con otros países deseosos de brindar el CTS.

4. Los países LAC pueden usar los modelos de tratados tributarios de la ONU y de los países del Sudeste Asiático (ASEAN) en el proceso de negociación de convenciones tributarias con países miembros y no miembros del ALCA; porque los modelos del OECD y los EE.UU., no representan acertadamente las necesidades e intereses de los países en desarrollo.

APÉNDICES

APÉNDICE I CREDITO *TAX SPARING* EN TRATADOS ENTRE PAISES MIEMBROS DEL OECD

	Aus	Aus	Bel	Can	Cze	Den	Fin	Fra	Ger	Gre	Hun	Ice	Ire	Ita	Jap	Kor	Lux	Mex	Ned	N.Z	Nor	Pol	Por	Spa	Swe	Swi	Tur	U.K.	U.S.	
Australia																														Australia
Austria																X							X				X			Austria
Belgium										X													X	X			X			Belgium
Canada													X			X								X						Canada
Czech R.																R						R								Czech R.
Denmark														R										X			X			Denmark
Finland													X	R		X							X				X			Finland
France																X		X					X				X			France
Germany										X						R		X					X	X			X			Germany
Greece			X						X							R	X		X							X				Greece
Hungary																														Hungary
Iceland																														Iceland
Ireland				X			X								X	R					X									Ireland
Italy						R	R									R		1					2		X		R			Italy
Japan													X			X		X						X			X			Japan
Korea		X		X	R		X	X	R	R			R	R	X		X	3	X	X						X	R	X		Korea
Luxemburg										X						X					.			X						Luxemburg
Mexico								X	X					1	X	3			X		X			4	X	X		X		Mexico
Nederlands										X						X		X												Nederlands
New Zealand																X														New Zealand
Norway													X					X					X	X			X			Norway
Poland					R																									Poland
Portugal		X	X				X	X	X					2							X					X		X		Portugal
Spain			X	X		X			X						X		X	4			X				X	X		X		Spain
Sweden										X				X				X						X			X			Sweden
Switzerland																X		X					X	X						Switzerland
Turkey		X	X			X	X	X	X					R	X	R					X							X		Turkey
U.K.																X		X					X	X	X		X			U.K.
U.S.A.																														U.S.A.

A menos que de otra manera se señale en el cuadro, los siguiente países son siempre recipiendarios del tax sparing: Greece, Ireland, Italy, Korea, Mexico, Portugal, Spain, Turkey. Claves de la tabla: 1= Italy ofrece crédito tax sparing a Mexico; 2= Italy ofrece crédito tax sparing a Portugal; 3= Korea ofrece crédito tax sparing a Mexico; 4= Spain ofrece crédito tax sparing a Mexico[1]; R= Tax sparing brindado sobre recíprocas bases. *Fuente:* «Tax Sparing: A Reconsideration», Organisation for Economic Co-Operation and Development, OECD, Paris, 1998, pp. 64-66.

Nota al pie

[1] El OECD considera que España brinda tax sparing a Mexico, sin embargo, el artículo 23, paragraph 3 del Tratado Tributario entre España y México contradice tal aserto, ver 1992 Mexico-Spain Income Tax Treaty, 97 TNI 109-30; Doc 97-16429.

APENDICE II:
ESTIPULACIONES TAX SPARING EN TRATADOS ENTRE PAISES MIEMBROS Y NO MIEMBROS DEL OECD

	Arg	Braz	China	India	Indo	Mala	Mongo	Phili	Singa	Thai	Vene	Barb	Bangla	Bul	Cypr	Isra	Fiji	Jam	Maurit	Mozam	Pak	P. Rico	Sri Lan	Trini	Viet	Zam	
Australia			X	X		O		X		X															O		Australia
Austria		X	X		X	X		X		X																	Austria
Belgium		X	X	X	X	X		X	X																		Belgium
Canada	X	X	X	X	X	X	O	X	X	X		O			O									O	O		Canada
Czech R.		X	R	R		R	·			R					O												Czech R.
Denmark	X	X	X	X		X		R	X						O			O						O			Denmark
Finland	X	X	X	X		X		X				O															Finland
France	X	X	X	X	X	X		X	X		X							O	O					O			France
Germany	X	X	X	X	X	X		X	X		X				O			O	O					O			Germany
Greece															O												Greece
Hungary		X	X			X				X																	Hungary
Iceland																											Iceland
Ireland															O												Ireland
Italy	X	X	X	X		X		X	X		X				O				O					R			Italy
Japan		X	X	X	X	X		X	O*	X			O	O							O		O		O	O	Japan
Korea		R	R	R	R	R		X	R							R											Korea
Luxemburg		X	X						X																		Luxemburg
Mexico									X*																		Mexico
Nederlands		X	X	X	X	X		X	X		X																Nederlands
New Zealand			X			X	X		X								O										New Zealand
Norway		X	X			X		X	X			O						O						O			Norway
Poland			X																								Poland
Portugal										O·										O							Portugal
Spain	X	R	X	X				X			R																Spain
Sweden		X		X	X			X	X	X	X	O			O			O	O					O			Sweden
Switzerland			X	X		X												O						O			Switzerland
Turkey																											Turkey
U.K.	X		X	X	X	X			X	X	X	O			O	O		O	O·					O			U.K.
U.S.A.																						O**					U.S.A.

R = Tax sparing brindado sobre bases recíprocas
X* = Tax sparing brindado solo al pais miembro del OECD
O* = Aunque el tratado no contempla explícitamente una estipulación tax-sparing, algunos investigadores disienten[1].
O** = Incluye Puerto Rico y otras posesiones de EE.UU. IRS §936.
Sistema:Países con marca «X»: «Tax Sparing: A Reconsideration», Organisation for Economic Co-Operation and Development, OECD, Paris, 1998, pp. 68-69.
Paises con la marca «O» (resaltado): Fuente: International Bureau of Fiscal Documentation and Lexis Nexis Database

Nota al pie

[2] Aunque ni el International Bureau of Fiscal Documentation ni el Lexis Nexis Database registran el tratado tributario Portugal-Thailand, tal convención es referida en la página web official del Gobierno Real de Tailandia, disponible en http://www.thaigov.go.th/news/cab/46/cab22jul03.htm

[3] Linda L. Ng, "Singapore-Japan Transitional Treaty Arrangements to Expire", p. 4, in Asia-Pacific Tax Report, at http://www.whitecase.com/asia_pacific_tax_report_winter_2000.pdf

APENDICE III
ESTIPULACIONES TAX SPARING EN TRATADO ENTRE PAISES NO MIEMBROS DEL OECD

	Bah	Bots	Bra	Chi	Cyp	Egy	Ind	Ir	Madag	Malay	Mal	Mau	Paki	Par	Rom	Sing	Slov	Sri La	Sy	Sth. Af	Swa	Thai	Yug	Zinb	
Bahrain																						R			Bahrain
Botswana												R													Botswana
Brazil														O											Brazil
China												R													China
Cyprus							R				R				O		O		R				R		Cyprus
Egypt																				R					Egypt
India					R							R													India
Iran																		O*		R					Iran
Madagascar												O													Madagascar
Malaysia												R													Malaysia
Malta					R																				Malta
Mauritius		R		R			R		O	R			R			R				O(G*)	R			O	Mauritius
Pakistan												R													Pakistan
Paraguay			O																						Paraguay
Romania					O															O					Romania
Singapore						O						R													Singapore
Slovakia					O																				Slovakia
Sri Lanka								O*																	Sri Lanka
Syria					R																				Syria
South Africa						R		R				O(G*)			O							O			South Africa
Swaziland																									Swaziland
Thailand	O																			O					Thailand
Yugoslavia					R																				Yugoslavia
Zimbabwe																									Zimbabwe

R = Tax sparing brindado sobre bases recíprocas.
0 = Estipulación sobre Crédito Tax sparing
O*= Informaciόn proveida por la página official del Gobierno de Sri Lanka[4], disponible en
http://www.priu.gov.lk/news_update/Current_Affairs/ca200201/20020118sl_iran_double_taxation.htm
G*= Contribuciones ofrecidas sobre bases recíprocas
Fuente: International Bureau of Fiscal Documentation

Nota al Pie

[4] Ni Lexis Nexis ni el International Bureau of Fiscal Documentation tienen esta información.

APÉNDICE IV: ESTIPULACION TAX SPARING EN TRATADOS ENTRE ALGUNOS PAISES MIEMBROS Y NO MIEMBROS DEL ALCA

	Argentina	Barbados	Brazil	Canada	Dom. Rep	Jamaica	Malta	Mexico	Paraguay	Portugal	P. Rico	Russia	Trin y Tob	U.S.A.	Venzuela
Argentina				X											
Austria			X												
Bangladesh				O											
Barbados				X			O								
Belgium			X												
Brazil				X					X						
Canada	X	O			O	O							O		
Cuba										O		O			
Cameroon				O											
Cyprus				O											
Czech R.			X												
Denmark	X		X			O							O		
Dom. Rep.				O											
Egypt				O											
Finland	X	O	X												
France	X		X			O		X					O		X
Germany	X		X			O		X					O		X
Hungary			X												
India													R		
Indonesia				O											
Ireland				X											
Israel						O									
Italy	X		X					1		2			R		X
Ivory Coast				O											
Jamaica				O											
Japan			X					X							
Kenya				O											
Korea			R	X				3							
Luxemburg			X												
Malaysia				O											
Malta		R													
Morocco				O											
Nederlands			X					X							X
New Zealand															
Norway		O	X			O		X					O		
Pakistan				O											
Philippines			R												
Paraguay			O												
Puerto Rico															
Romania				O											
Singapore				O				X*							
Spain	X		R	X				4							
Sweden		O	X			O		X					O		X
Switzerland						O		X					O		
Thailand				O											
Tunisia				O											
Turkey															
U.K.	X	O				O		X					O		X
U.S.A.											O*				
Venezuela		O													
Zambia				O											

Claves de la tabla: 1= Italy ofrece crédito tax sparing a Mexico; 2= Italy ofrece crédito tax sparing a Portugal; 3= Korea ofrece crédito tax sparing a Mexico; 4= Spain ofrece crédito tax sparing a Mexico[6]; R= Tax sparing brindado sobre recíprocas bases.

R = Tax sparing brindado sobre bases recíprocas

X* = Tax sparing brindado sólo al país miembro del OECD

O* = Incluye Puerto Rico y otras posesiones de EE.UU. IRS §936.

Sistema: Países con marca «X»: «Tax Sparing: A Reconsideration», Organisation for Economic Co-Operation and Development, OECD, Paris, 1998, pp. 68-69.

Países con la marca «O» (resaltado): Fuente: International Bureau of Fiscal Documentation and Lexis Nexis Database

Notas al Pie:

[6] El OECD considera que España brinda tax sparing a Mexico, sin embargo, el artículo 23, paragraph 3 del Tratado Tributario entre España y México contradice tal aserto, ver 1992 Mexico-Spain Income Tax Treaty, 97 TNI 109-30; Doc 97-16429.

APÉNDICE V:
ESTIPULACIONES TAX SPARING EN TRATADOS ENTRE PAISES MIEMBROS DEL ALCA

	Ant	Arg	Barb	Bel	Bol	Bra	Can	Chi	Col	Cost	Dom	Rep D	Ec	Sal	Gren	Guat	Guy	Ha	Hon	Jam	Mex	Nic	Pan	Per	Pe	Kitts	Luc	Vinc	Sur	Trin	U S	Ur	Ven	
Ant. & Barb.																																		Ant. & Barb.
Argentina								X																										Argentina
Bahamas																																		Bahamas
Barbados								X																										Barbados
Belize																																		Belize
Bolivia																																		Bolivia
Brazil								X																X										Brazil
Canada		X		X			X					X								X														Canada
Chile																																		Chile
Colombia																																		Colombia
Costa Rica																																		Costa Rica
Dominica																																		Dominica
Dominican Rep.							X																											Dominican Rep.
Ecuador																																		Ecuador
Salvador																																		Salvador
Grenada																																		Grenada
Guatemala																																		Guatemala
Guyana																																		Guyana
Haiti																																		Haiti
Honduras																																		Honduras
Jamaica							X																											Jamaica
Mexico																																		Mexico
Nicaragua																																		Nicaragua
Panamá																																		Panamá
Paraguay						X																												Paraguay
Peru																																		Peru
St. Kitts & Nevis																																		St. Kitts & Nevis
St. Lucia																																		St. Lucia
St. Vincent & the Grenadies																																		St. Vincent & the Grenadies
Suriname																																		Suriname
Trinidad y Tobago																																		Trinidad y Tobago
U.S.A.																																		U.S.A.
Uruguay																																		Uruguay
Venezuela																																		Venezuela

Fuente: FTAA website, disponible en: http://www.ftaa-alca.org/busfac/clist_e.asp
The International Bureau of Fiscal Documentation y Lexis Nexis Database.

APÉNDICE VI:
CRÉDITO TAX SPARING EN EL MODELO DE TRATADO TRIBUTARIO

	Brunei	Indonesia	Malaysia	Philippines	Singapore	Thailand	Cambodia	Laos	Myanmar	Vietnam
Brunei										
Indonesia			x	x	x	x				x
Malaysia		x		x	x	x				x
Philippines		x	x		x	x			x	x
Singapore		x	x	x		x				x
Thailand		x	x	x	x			x		x
Cambodia										
Laos						x				
Myanmar			x							
Vietnam			x	x	x	x				
Total	0	5	6	5	5	6	0	1	1	5

Fuente: Edwin Van der Brugge, "Salient Features of the ASEAN Model Tax Treaty", 25 TNI 1227 (Mar. 18, 2002), p. 2.

APENDICE VII

TRATAMIENTO TRIBUTARIO AMERICANO DE "FOREIGN SALES CORPORATIONS" (FSC)

Decisión del Arbitro

Recurso al arbitraje por parte de los Estados Unidos en virtud del artículo 22.6 del ESD[501] y del artículo 4.11 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias[502]

Decisión del Árbitro

---

[501] **Entendimiento sobre Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD) § 22.6:** Cuando se produzca la situación descrita en el párrafo 2, el OSD, a petición, concederá autorización para suspender concesiones u otras obligaciones en un plazo de 30 días a partir de la expiración del período prudencial, salvo que el OSD decida por consenso rechazar la petición. Sin embargo, si el Miembro afectado objeta el nivel de suspensión propuesto, o alega que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 en el caso de que una parte reclamante haya solicitado autorización para suspender concesiones u otras obligaciones en virtud del párrafo 3(b) o (c), el asunto se remitirá a arbitraje. Dicho arbitraje será llevado a cabo por el grupo especial original, si sus miembros están disponibles, o por un árbitro designado por el director general, y deberá concluirse en un plazo de 60 días después de la expiración del período prudencial. Durante el arbitraje no se suspenderán concesiones ni otras obligaciones.

[502] **Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC) § 4.11:** En caso de que una de las partes en la diferencia solicite arbitraje conforme al párrafo 6 del artículo 22 del ESD, el árbitro determinará si las contramedidas son apropiadas.

WT/DS108/ARB

Emitida el 30 de agosto de 2002

1.1 El 20 de marzo de 2000, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) adoptó los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en esta diferencia. El OSD recomendó, en particular, que los Estados Unidos pusieran en conformidad las medidas consideradas incompatibles con sus obligaciones en virtud del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC) y el Acuerdo sobre la Agricultura, y que los Estados Unidos retiraran las subvenciones FSC "a más tardar con efecto a partir del 1 de octubre de 2000". ***El 15 de noviembre de 2000, el Presidente de los Estados Unidos promulgó una Ley del Congreso de los Estados Unidos titulada "FSC Repeal and Extraterritorial Income Exclusion Act of 2000" (la "Ley ETI").***

1.2 El 17 de noviembre de 2000, las Comunidades Europeas recurrieron al artículo 21.5 del ESD,[503] considerando que los

[503] **ESD § 21.5:** Cuando haya desacuerdo respecto de la existencia o conformidad con un acuerdo abarcado de las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones, dicha diferencia se resolverá recurriendo a estos procedimientos de solución de diferencias, incluyendo, siempre que sea posible, el recurso al grupo especial original. El grupo especial deberá distribuir su informe en un plazo de 90 días después de la fecha en que se le remita el asunto. Cuando el grupo especial considere que no puede presentar su informe dentro de este plazo, deberá informar por escrito al OSD sobre las razones del retraso y dar una estimación del período dentro del cual presentará su informe.

Estados Unidos no habían retirado las subvenciones según lo exigido por el artículo 4.7 del Acuerdo SMC[504] y que, por lo tanto, no habían cumplido con las recomendaciones y resoluciones del OSD. El Grupo Especial establecido en virtud del artículo 21.5 del ESD (el "Grupo de Cumplimiento") concluyó que la Ley ETI violaba las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del Acuerdo SMC, el Acuerdo sobre la Agricultura y el artículo III:4 del GATT de 1994.[505] El Órgano de Apelación confirmó estas conclusiones. Los informes del Grupo de Cumplimiento y del Órgano de Apelación fueron adoptados por el OSD el 29 de enero de 2002.

1.3 El 17 de noviembre de 2000, las Comunidades Europeas solicitaron autorización al OSD para adoptar contramedidas apropiadas y suspender concesiones de conformidad con el

[504] **SMC § 4.7:** Si la medida en cuestión se considera una subvención prohibida, el grupo especial recomendará que el Miembro que concede la subvención la retire sin demora. En este sentido, el grupo especial deberá especificar en su recomendación el plazo en que la medida debe retirarse.

[505] **GATT § III:4:** Los productos del territorio de cualquier parte contratante importados en el territorio de otra parte contratante recibirán un trato no menos favorable que el otorgado a los productos similares de origen nacional respecto de todas las leyes, reglamentos y requisitos que afecten su venta interna, oferta de venta, compra, transporte, distribución o uso. Lo dispuesto en este párrafo no impedirá la aplicación de diferencias en los cargos internos de transporte que se basen exclusivamente en el funcionamiento económico de los medios de transporte y no en la nacionalidad del producto.

artículo 4.10 del Acuerdo SMC[506] y el artículo 22.2 del ESD,[507] por un monto de 4,043 millones de dólares estadounidenses anuales. El 27 de noviembre de 2000, los Estados Unidos objetaron la pertinencia de las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas y el nivel de suspensión de concesiones propuesto, y solicitaron que, "como lo exige el artículo 22.6 del ESD (y en consecuencia el artículo 4.11 del Acuerdo SMC), el asunto se remitiera a arbitraje".

[…]

6.64 A la luz de lo anterior, consideramos que el monto de las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas en este caso es "apropiado" en el sentido del artículo 4.10 del Acuerdo SMC.

---

[506] **SMC § 4.10:** En caso de que no se siga la recomendación del OSD en el plazo especificado por el grupo especial, que comenzará desde la fecha de adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, el OSD concederá autorización al Miembro reclamante para adoptar contramedidas apropiadas, salvo que el OSD decida por consenso rechazar la solicitud.

[507] **ESD § 22.2:** Si el Miembro afectado no ajusta la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado o no cumple de otro modo con las recomendaciones y resoluciones dentro del período prudencial determinado en virtud del párrafo 3 del artículo 21, dicho Miembro deberá, si así se le solicita, y a más tardar al expirar ese período, entablar negociaciones con cualquier parte que haya recurrido a los procedimientos de solución de diferencias, con miras a alcanzar una compensación mutuamente aceptable. Si en un plazo de 20 días a partir de la expiración del período prudencial no se ha acordado una compensación satisfactoria, cualquier parte que haya recurrido a los procedimientos de solución de diferencias podrá solicitar autorización al OSD para suspender concesiones u otras obligaciones aplicables al Miembro en cuestión en el marco de los acuerdos abarcados.